Kündigung und Betriebsverfassung

Ausgewählte Fragen des Betriebsverfassungsgesetzes 1972

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen

vorgelegt von
Assessor Hans-Peter Müller
aus Wiesbaden

Göttingen 1975

1974

Kündigung und Betriebsverfassung

Ausgewählte Fragen des Betriebsverfassungsgesetzes 1972

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen

vorgelegt von

Assessor Hans-Peter Müller
aus Wiesbaden

Göttingen 1975

Berichterstatter: Professor Dr. Franz Gamillscheg

Mitberichterstatter: Professor Dr. Horst Neumann-Duesberg

Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 1974

M E I N E N E L T E R N

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534917_0003

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
I. Zur Anhörung des Betriebsrates	4
1. Die neue Regelung	4
2. Das Recht des Arbeitgebers zum einseitigen Handeln bei außerordentlichen Kündigungen in Eilfällen	5
3. Zur Heilungsmöglichkeit einer durch Unterlassen der vorherigen Anhörung des Betriebsrates verursachten Unwirksamkeit der Kündigung durch nachträgliche Zustimmung	14
4. Das Problem der Bindung des Arbeitnehmers an die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG bei Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG	22
5. Der Einfluß des Zeitfaktors bei Wahrnehmung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates auf die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB	35
1) § 626 Abs. 2 BGB und § 102 Abs. 1 und 2 BetrVG	36
2) § 626 Abs. 2 BGB und § 103 BetrVG	45

Seite

6. Das Nachschieben von Kündigungsgründen unter dem Blickwinkel des Anhörungsrechtes des Betriebsrates 59

7. Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche unter dem Blickwinkel des Anhörungsrechtes des Betriebsrates 69

8. Die Beteiligung des Betriebsrates bei einer Änderungskündigung 78

II. Zum Widerspruchsrecht des Betriebsrates 95

1. Abschließende Regelung der Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG 95

2. Widerspruch und Kündigungsart 100

3. Widerspruchsrecht des Betriebsrates und Kündigungsschutz 115

III. Zur Erweiterung des Mitwirkungsrechtes des Betriebsrates bei Kündigungen durch Tarifvertrag 162

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
aaO.	= am angeführten Ort
Abs.	= Absatz
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
Anm.	= Anmerkung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	= Arbeitsgericht
AR-Blattei	= Arbeitsrecht-Blattei
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
AuR	= Arbeit und Recht
AusschBer.	= Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung
Az.	= Aktenzeichen
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayBS	= Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
bayer.	= bayerisch
BayerVfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	= Der Betriebs-Berater
betr.	= betrifft
BetrR	= Der Betriebsrat
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen)
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BRG	= Betriebsrätegesetz

BT	= Bundestag
BUV	= Betriebs- und Unternehmens-verfassung
bzgl.	= bezüglich
bzw.	= beziehungsweise
CDU	= Christlich-Demokratische Union
CSU	= Christlich-Soziale Union
d.	= der, des
DB	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	= das heißt
Die AG	= Die Aktiengesellschaft
dies.	= dieselben
Einl.	= Einleitung
Entsch.	= Entscheidung
f., ff.	= folgende
Fußn.	= Fußnote
GewO	= Gewerbeordnung
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbs.	= Halbsatz
h.M.	= herrschende Meinung
i.d.F.	= in der Fassung
insbes.	= insbesondere
i.V.m.	= in Verbindung mit
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
lit.	= littera
m.E.	= meines Erachtens
mwN.	= mit weiteren Nachweisen
n.F.	= neue Fassung
Nr.	= Nummer
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RAGE	= Entscheidungen des Reichs-arbeitsgerichts

RdA	= Recht der Arbeit
Rdn.	= Randnummer
RegEBegr.	= Begründung zum Regierungsentwurf eines Betriebsververfassungsgesetzes
S.	= Seite
SPD	= Sozialdemokratische Partei Deutschlands
u.a.	= unter anderem
usw.	= und so weiter
u.U.	= unter Umständen
v.	= vom
Verf.	= Verfasser
vgl.	= vergleiche
Vorbem.	= Vorbemerkung
z.B.	= zum Beispiel
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	= Ziffer

Literaturverzeichnis

ADOMEIT : Vermögensbildungsgesetz und Koalitionsfreiheit (Tarifvertrag), RdA 1964, 309

ders. : Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1971, 2360

ders. : Thesen zur betrieblichen Mitbestimmung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 1972, 53

ders. : AR-Blattei, Kündigung IX

ders. : AR-Blattei, Kündigungsschutz I

ARBEITGEBERVERBAND DER HESSISCHEN METALLINDUSTRIE/ VEREINIGUNG DER HESSISCHEN ARBEITGEBERVERBÄNDE : Das neue Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1972

dies. : Arbeitsunterlagen für die Personalarbeit, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1972

ARBEITSRING DER ARBEITGEBERVERBÄNDE DER DEUTSCHEN CHEMISCHEN INDUSTRIE : Betriebsverfassungsgesetz 72, Heidelberg 1972

AUFFARTH : Das neue Betriebsverfassungsgesetz, AuR 1972, 33

ders. : Mitbestimmung und Kündigung, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 10, Berlin 1973, S. 71

AUFFARTH-MÜLLER : Kündigungsschutzgesetz, Berlin und Frankfurt a. Main 1960

BAUM : Anhörung des Betriebsrates vor Kündigungen, BB 1972, 174

BIEDENKOPF : Anmerkungen zum Betriebsverfassungsgesetz 1972, BB 1972, 1513

BLANK : Widerspruch des Betriebsrates bei der Verhaltenskündigung?, BB 1972, 536

BLEISTEIN : Mitbestimmung im Betrieb, Bonn 1972

BLOMEYER : Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, herausgegeben von Götz Hueck und Reinhard Richardi, München 1973, S. 147

BRECHT : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Herne/Berlin 1972

BREDE : Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Lichte des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, BlStSozArbR 1973, 17

BRILL : Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB n.F. für die außerordentliche Kündigung, AuR 1971, 167

ders. : Übersicht über die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972, Beilage Nr. 3 zu BB 1973

BUCHNER	: Reform des Betriebsverfassungsrechts, Die AG 1971, S. 135, 189
ders.	: Betriebsverfassungsgesetz 1972, Zentrale Punkte des neuen Betriebsverfassungsrechts, Die AG 1973, S. 58
BÜRGER/OEHMANN/STÜBING	: Handwörterbuch des Arbeitsrechts für die tägliche Praxis, Loseblattausgabe, 3. Aufl., Stuttgart und Wiesbaden 1972/1973
BUNDESVEREINIGUNG DER DEUTSCHEN ARBEITGEBERVERBÄNDE	: Das neue Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1972
DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR PERSONALFÜHRUNG	: Die personalpolitischen Konsequenzen des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, Neuwied und Berlin 1972
DEUTSCHER GEWERKSCHAFTSBUND	: Vorschläge des DGB, Untertitel: Vorschläge des DGB zur Änderung des Betriebsverfassungsrechtes, Düsseldorf 1967
ders.	: Vorschläge des DGB zur Änderung des Betriebsverfassungsrechtes, Düsseldorf 1970
DIETZ	: Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München und Berlin 1967
DIETZ-RICHARDI	: Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., München 1973
DÜTZ	: Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung, ZfA 1972, 247
ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN	: Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Berlin 1972

ERMAN	: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., Münster/Westf. 1972
ETZEL	: Der besondere Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder und andere Arbeitnehmer, die Aufgaben der Betriebsverfassung wahrnehmen, BlStSozArbR 1972, 86
ders.	: Die außerordentliche Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1973, 1017
ders.	: Die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972 (V) und (VI), BlStSozArbR 1973, 241, 259
FITTING-AUFFARTH	: Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl., München 1972
FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH	: Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1970
FLATOW-KAHN=FREUND	: Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., Berlin 1931
FLORETTA	: Das sogenannte Sperrecht des Betriebsrates beim allgemeinen Kündigungsschutz, in: Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 147
ders.	: Rechtsdogmatisches und Rechtspolitisches zur Konstruktion und zum Inhalt des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes im Arbeitsrecht, Wien 1971

FLORETTA-STRASSER : Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 2. Aufl., Wien 1973

FRAUENKRON : Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Stuttgart 1972

FREESE : Muß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung in der Frist nach § 4 KSchG angefochten werden?, BB 1973, 665

GALPERIN : Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1966, 361

ders. : Das Betriebsverfassungsgesetz 1972, Heidelberg 1972

GALPERIN-SIEBERT : Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 1963

GAMILLSCHEG : Arbeitsrecht, Rechtsfälle in Frage und Antwort, 3. Aufl., München 1973

GNADE/KEHRMANN/ SCHNEIDER : Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1972

GÖTTLING-HOENTGES-ZEPP : Fragen zur Kündigung nach dem BetrVG 1972, RdA 1972, 282

GUMPERT : Kündigung und Mitbestimmung, BB 1972, 47

GÜNTNER : Kündigungsgebot und -verbot des § 626 Abs. 2 BGB, BB 1973, 1496

HALBERSTADT/ZANDER	: Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, 2. Aufl., Köln 1972
HANAU	: Arbeitsrechtliche Probleme der paritätischen Mitbestimmung, BB 1969, 1497
ders.	: Unklarheiten in dem Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsgesetzes, BB 1971, 485
ders.	: Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, BB 1972, 451
ders.	: Praktische Fragen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BB 1972, 499
ders.	: Das neue Betriebsverfassungsgesetz, ZfA 1972, Sonderheft, S. 71
ders.	: Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung, RdA 1973, 281
HANAU/ADOMEIT	: Arbeitsrecht, 1. Aufl. 1972, 2. Aufl. 1973, Frankfurt am Main
HAUTMANN/SCHMITT	: Betriebsverfassungsgesetz, Lochham/München 1972
HECKELMANN	: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1972, ZfA 1972, 425
HERSCHEL	: Gedanken zum Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, BB 1970, 5

HERSCHEL : Wichtiger Grund und Erklärungsfrist bei außerordentlicher Kündigung, AuR 1971, 257

HOECHST : Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei der Kündigung, AuR 1973, 328

HÖHLMANN : Begrenzung der Entscheidungsmacht des Arbeitgebers durch Kollektivnorm bei Kündigungen, Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. 1955, Nr. 13, S. 5

HOFFMANN : Betriebsverfassung und Grundgesetz, AuR 1971, 271

HROMADKA : Mitbestimmung bei Versetzungen, DB 1972, 1532

HUECK : Kündigungsschutzgesetz, 7. Aufl. 1970, 8. Aufl. 1972, München

HUECK-NIPPERDEY : Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 3. bis 5. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1931

Zweiter Band, Erster Halbband, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1967

KALLMEYER : Änderungskündigung und Mitbestimmung des Betriebsrates, DB 1973, 970

KITZELMANN : Die Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BUV 1972, 209

KITZELMANN : Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein?, AuR 1973, 302

KÜCHENHOFF, Günther : Verfassungswidrigkeit des § 626 Abs. 2 BGB n.F., AuR 1971, 1

ders. : Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist

ders. : Anmerkung zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - (betr. außerordentliche Kündigung; Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB), AuR 1973, 248, 253

LEPKE : Zustimmung des Betriebsrates zu außerordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers in besonderen Fällen, BB 1973, 894

LICHTENSTEIN : Mehr Rechte für Betriebsräte, BetrR 1971, 83

MANSFELD : Betriebsrätegesetz, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1930

MARIENHAGEN : Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten nach dem Entwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes, BB 1971, 1009

MAURER : Kündigung von Mitgliedern einer Betriebsvertretung, BB 1972, 971

MAUS : Kündigungsschutzgesetz, Baden-Baden 1973

MEISEL : Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 3. Aufl., Heidelberg 1973

ders. : Die Anhörung des Betriebsrats vor einer ordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1972, 1. Teil, 1627 2. Teil, 1675

ders. : Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats bei Änderungskündigungen, BB 1973, 944

MOLITOR/MEIER-SCHERLING : AR-Blattei, Kündigung VIII

MÜLLER, Gerhard : Die personen- und verhaltensbedingte sowie die betriebsbedingte Kündigung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 1, S. 19, Berlin 1964

NEUMANN-DUESBERG : Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960

NIKISCH : Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl., 1961, III. Band, 2. Aufl., 1966 Tübingen

ders. : Personelles Mitbestimmungsrecht und Bundeskündigungsschutzgesetz, DB 1952, 37

ders. : Probleme des Kündigungsschutzrechts, DB 1956, 1108

OTTO : Nochmals: Kündigungen nach dem neuen BetrVG, DB 1972, 731

OTTO : Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes zugunsten der Mitwirkung des Betriebsrats?, DB 1973, 671

PALANDT : Kommentar zum BGB, 32. Aufl., München 1973

PHILIPP : Ordentliche Kündigung und Auswahlrichtlinien, BB 1972, 219

RAATZ : Personalleitung und Betriebsverfassung, Beilage Nr. 1 zu DB 1972

REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR : Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Arbeitsgerichtsräten und Bundesrichtern, 1. Band, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959

REUTER : Die freie Wahl des Arbeitsplatzes - ein nicht realisierbares Grundrecht?, RdA 1973, 345

REWOLLE : Änderungskündigung und Mitbestimmung des Betriebsrates, DB 1973, 185

RICHARDI : Zweifelhafte Lösungen der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, DB 1970, 880

ders. : Kritische Anmerkungen zur Reform der Mitbestimmung in sozialen und personellen Angelegenheiten nach dem Regierungsentwurf, DB 1971, 621

ders. : Die Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, ZfA 1972, Sonderheft, S. 1

RICHARDI : Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen nach §§ 99, 100 BetrVG (I), DB 1973, 378

ROHLFING/REWOLLE : Kündigungsschutzgesetz, Loseblattausgabe, Frankfurt/Main, Stand: August 1972

SÄCKER : Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA 1972, Sonderheft, S. 41

SAHMER : Betriebsverfassungsgesetz, Frankfurt/Main 1972

SCHAUB : Arbeitsrechts-Handbuch, München 1972

ders. : Der Betriebsrat, München 1973

SCHLOCHAUER : Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der ordentlichen Kündigung nach § 102 BetrVG 1972, RdA 1973, 157

SCHMIDT : Die Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern, RdA 1973, 294

SCHNEIDER : Die Personalplanung im System der Beteiligungsrechte des Betriebsrats, BlStSozArbR 1973, 60

SCHUSCHKE : Erweiterung der Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, Dissertation, Köln 1966

SCHWEDES : Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Freiburg i.Br. 1972

STAHLHACKE : Das personelle Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, BlStSozArbR 1972, 67 (51)

ders. : Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., München 1972

STEGE-WEINSPACH : Betriebsverfassungsgesetz 1972, Köln 1972

WAGENER : Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein?, BB 1972, 1373

Einleitung

In den Änderungen, die die Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972[1] (BetrVG) erfahren hat, ist zu Recht keine einfache Novellierung des alten Gesetzes von 1952 gesehen worden.[2] Es handelt sich vielmehr um eine einschneidende Fortentwicklung. In besonderem Maße gilt dies für den Bereich der Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten. Die Rechte der betrieblichen Arbeitnehmervertretung wurden wesentlich verstärkt. Dabei waren ebenfalls die Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei Kündigungen in den Kreis der Veränderungen mit einbezogen. Wenn sich auch z.B. nicht die weitergehende Forderung, alle ordentlichen Kündigungen schlechthin von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig zu machen,[3][4] durchzusetzen vermochte, so wirft gleichwohl ein Teil der vorgenommenen Neuerungen eine Reihe von bedeutsamen Zweifelsfragen auf. Diese sind in erheblichem Maße darauf zurückzuführen, daß die Kunst der Gesetzgebung durch häufig

---

1) BGBl. I S. 13

2) Vgl. etwa Fitting-Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl., München 1972, Vorwort zur 10. Auflage

3) Deutscher Gewerkschaftsbund, Vorschläge des DGB, Untertitel: Vorschläge des DGB zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, Düsseldorf 1967, § 66 Abs. 1, S. 31, abgedruckt in AuR 1968, 145, 147; Deutscher Gewerkschaftsbund, Vorschläge des DGB zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, Düsseldorf 1970, § 66 Abs. 1, S. 36; Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Betriebsverfassung, Antrag der Fraktion der SPD vom 16.12. 1968, BT-Drucksache V/3658, § 66 Abs. 1, S. 14, abgedruckt in RdA 1969, 35, 41. Vgl. auch Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., München 1973, § 102 Rdn. 1

4) Dazu kritisch: Hanau, BB 1969, 1497, 1498, 1499 f; Richardi, DB 1970, 880, 882 ff

ungenauen und wenig präzisen Gesetzestext und durch Defekte in der Gesetzessystematik vernachlässigt wurde.[1)]

Kündigungs- und Betriebsverfassungsrecht greifen ineinander über. Den insoweit sich aus dem BetrVG ergebenden neuen Problemkonstellationen im Verhältnis Arbeitgeber - Betriebsrat - Arbeitnehmer soll im folgenden nachgegangen werden. Die Darlegungen beschränken sich im wesentlichen auf Streitpunkte im Zusammenhang mit § 102 BetrVG. Kriterien für die Auswahl der einzelnen Aspekte waren vor allem die durch eine kontroverse Behandlung in Rechtsprechung und Literatur angezeigte wissenschaftliche Bedeutung einzelner zentraler Fragen sowie deren Wichtigkeit für die Praxis.

Für die skizzierte Abhandlung wird trotz des eingegrenzten Problemfeldes kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Diese läßt sich naturgemäß auch nicht erzielen, weil der Lebenstatbestand der abhängigen Arbeit wie auch andere Lebenssachverhalte keine statische, sondern eine dynamische Größe sind.

Judikatur und Schrifttum wurden bis 31. Dezember 1973 verwertet. Soweit das Bundesarbeitsgericht danach auf in der vorliegenden Arbeit behandelte Fragen eingegangen ist, fand seine Rechtsprechung noch Berücksichtigung.

---

1) Vgl. Dietz-Richardi, Vorwort zur fünften Auflage

Nach Fertigstellung der Arbeit wurde durch § 114 des am 1. April 1974 in Kraft getretenen Bundespersonalvertretungsgesetzes vom 15. März 1974[1] u.a. § 1 Abs. 2 KSchG geändert.[2] Diese Vorschrift ist von maßgebender Bedeutung für die Ausführungen auf den Seiten 115 bis 161 über das Problem "Widerspruchsrecht des Betriebsrates und Kündigungsschutz".
Diesbezüglich bringt jedoch die Neufassung nur eine unwesentliche Änderung des bisherigen Wortlautes. Die Tatbestände des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 3 und 4 KSchG a.F. sind jetzt in § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG n.F. geregelt. Sachlich ist keine Änderung eingetreten. Das angesprochene Problem selbst ist trotz der Neufassung bestehen geblieben.
Die Ausführungen zu dieser Kündigungsschutzproblematik gelten daher nach Maßgabe des geänderten Gesetzeswortlautes zu § 1 Abs. 2 KSchG.

---

1) BGBl. I S. 693

2) Die Änderungen sind abgedruckt in BB 1974, 557

I. Zur Anhörung des Betriebsrates

1. Die neue Regelung

Das BetrVG 1952 enthielt keine ausdrückliche Regelung der Frage, welche Rechtsfolge eintreten sollte, wenn der Arbeitgeber es unterließ, den Betriebsrat gemäß § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 vor einer Kündigung zu hören. In der grundlegenden Entscheidung vom 15. September 1954 befand das Bundesarbeitsgericht,[1] daß die vorherige Anhörung des Betriebsrates keine Voraussetzung der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer Kündigung sei. Habe allerdings der Arbeitgeber rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft die Anhörung des Betriebsrates vor der Kündigung unterlassen, so habe er das Recht verwirkt, sich darauf zu berufen, daß die Kündigung nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt sei. Die Kündigung sei vielmehr sozial ungerechtfertigt nach Maßgabe der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes. Die Nichtanhörung des Betriebsrates im Falle einer außerordentlichen Kündigung blieb gleichfalls nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts überhaupt ohne jede zivilrechtliche Sanktion.[2]

§ 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG bestimmt nunmehr in Abkehr von dieser Rechtsprechung ausdrücklich, daß eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Dies gilt nicht nur für eine

---

1) BAG AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952; seitdem ständige Rechtsprechung des BAG

2) Vgl. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 64 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG; siehe ferner Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., München 1972, Rdn. 34a; Stege-Weinspach, Betriebsverfassungsgesetz 1972, Köln 1972, S. 376

ordentliche, sondern auch für eine außerordentliche[1] Kündigung.

2. Das Recht des Arbeitgebers zum einseitigen Handeln bei außerordentlichen Kündigungen in Eilfällen

1) Trotz des eindeutigen Wortlautes des § 102 Abs. 1 BetrVG wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß in besonders gelagerten Fällen auch ohne vorherige Anhörung des Betriebsrates fristlose Kündigungen wirksam ausgesprochen werden könnten.[2] Dabei stehen nur sehr schwerwiegende Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers im Blickpunkt, wie z.B. beharrliche Arbeitsverweigerung[3] oder Zerstörung eines Betriebsgebäudes durch vorsätzliche Brandstiftung.[4]

Das BetrVG enthält keine Bestimmung, die dem Arbeitgeber ausdrücklich das Recht einräumt, in derartigen Ausnahmesituationen ohne vorherige Anhörung des Betriebsrates zu kündigen. Nach § 100 BetrVG hat der Arbeitgeber zwar die Möglichkeit, in personellen

---

1) Einhellige Ansicht: Vgl. Etzel, DB 1973, 1017 mwN. in Fußn. 3; siehe außerdem Begründung zum Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes (RegEBegr.), BT-Drucksache VI/1786,S. 52

2) Adomeit, DB 1971, 2360, 2362 ohne Rücksicht darauf, ob die Zustimmung später noch erteilt wird oder nicht; ders., BB 1972, 53, 55; ders., AR-Blattei, begründet von Friedrich Sitzler, herausgegeben von Werner Oehmann, Stand: April 1973 (AR-Blattei), Kündigungsschutz I, D II 1a, hier jedoch unter der Einschränkung nachfolgender Zustimmung des Betriebsrates; Galperin, Das Betriebsverfassungsgesetz 1972, Heidelberg 1972, S. 127 Fußn. 3; Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 8. Aufl., München 1972, Einleitung V 3a cc, S. 33; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 24 f; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 65. - Offen gelassen bei BAG, DB 1974, 1294

3) ArbG Herford, DB 1973, 385

4) Beispiel bei Etzel, DB 1973, 1017, 1019

Angelegenheiten bei Eilfällen vorläufige Maßnahmen zu ergreifen. Diese Vorschrift bezieht sich aber ausdrücklich nur auf personelle Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG (Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung), erfaßt jedoch nicht die Kündigung eines Arbeitsnehmers.

2) Gleichwohl beruft sich Adomeit[1] auf den in § 100 BetrVG zum Ausdruck kommenden und als allgemeingültig angesehenen Gedanken des Eilfalles.
Gegen diese Sicht wird angeführt, eine analoge Anwendung des § 100 BetrVG auf fristlose Kündigungen verbiete sich, selbst wenn es sich um schwerwiegende Vertragsverletzungen handele, wegen des eindeutigen Wortlautes der §§ 99, 100 BetrVG und der systematischen Stellung des § 100 BetrVG im unmittelbaren Anschluß gerade an § 99 BetrVG.[2] Bei dieser Argumentation wird jedoch der eine Nichterwähnung der Kündigung in § 99 BetrVG rechtfertigende, wesentliche strukturelle Unterschied zwischen den Beteiligungsrechten des Betriebsrates nach § 99 BetrVG und § 102 Abs. 1 BetrVG verkannt sowie demgemäß auch der angestrebte unmittelbare Zweck des § 100 BetrVG, der zur Stellung dieser Vorschrift im Anschluß an § 99 BetrVG geführt hat. § 102 Abs. 1 BetrVG gewährt dem Betriebsrat lediglich ein Mitwirkungsrecht; eine ablehnende Stellungnahme des Betriebsrates hat für die Wirksamkeit einer Kündigung keine unmittelbare Bedeutung. Anders hingegen bei § 99 BetrVG. Hier hat der Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht. Die Zustimmung des Betriebsrates zu den dort aufgeführten personellen Einzelmaßnahmen des Arbeitgebers ist

---

1) Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; ders., BB 1972, 53, 55

2) Vgl. Baum, BB 1972, 174; Etzel, DB 1973, 1017, 1018 f; Kitzelmann, BUV 1972, 209, 212 f; siehe ferner Brede, BlStSozArbR 1973, 17 f

Voraussetzung für deren zivilrechtliche Wirksamkeit.[1] Der Grund für die Nichterwähnung der Kündigung in § 99 BetrVG liegt also darin, daß diese - außer in den Fällen des § 102 Abs. 6 BetrVG, vorausgesetzt, daß die Abhängigkeit einer außerordentlichen Kündigung von der Zustimmung des Betriebsrates überhaupt vereinbart werden kann,[2] und des § 103 BetrVG, die hier jedoch als Ausnahmen von der Regel unberücksichtigt bleiben können - zu ihrer Wirksamkeit nicht der Zustimmung des Betriebsrates bedarf. § 100 BetrVG selbst dient demzufolge nur dem Zweck, "das grundsätzliche Zustimmungserfordernis des § 99 BetrVG zugunsten der Möglichkeit vorläufiger personeller Maßnahmen des Arbeitgebers für die Fälle, in denen eine solche vorläufige Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend geboten ist",[3] zu mildern. "Hierdurch soll sichergestellt werden, daß unaufschiebbare personelle Maßnahmen trotz fehlender Zustimmung des Betriebsrates einstweilen, gegebenenfalls bis zur endgültigen Entscheidung durch das Arbeitsgericht, durchgeführt werden können."[4] § 100 BetrVG ist eine Regelung, die sich daraus erklärt, daß es widersprüchlich gewesen wäre, "eine personelle Einzelmaßnahme zwar grundsätzlich von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig zu machen, jedoch dem Arbeitgeber uneingeschränkt das Recht zu gewährleisten,

---

1) Vgl. Hanau, RdA 1973, 281, 289 ff mwN. in Fußn. 52 (hM). Siehe im übrigen auch die im folgenden wiedergegebenen Zitate aus den Materialien zum BetrVG.

2) Bejahend z.B. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 129; Meisel, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 3. Aufl., Heidelberg 1973, S. 191 f

3) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 52

4) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 52

dennoch die Maßnahme vorläufig durchzuführen."[1] Dies sollte eben nur in den sachlich gerechtfertigten Ausnahmefällen des § 100 BetrVG möglich sein. Eine ausdrückliche Einbeziehung der Kündigung in den Kreis der personellen Maßnahmen im Rahmen des § 100 BetrVG wäre daher im Gegenteil systematisch verfehlt gewesen, gleichgültig, an welche Stelle des BetrVG man diese Vorschrift setzen würde.

Das ergibt sich ferner auch daraus, daß der auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates durch das Arbeitsgericht gerichtete Teil des Verfahrens bei vorläufigen personellen Maßnahmen (vgl. § 100 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 BetrVG) auf Kündigungen überhaupt unanwendbar gewesen wäre.

Eine analoge Anwendung des § 100 BetrVG auf fristlose Kündigungen bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers läßt sich auch nicht mit folgender Begründung ausschließen. Ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen des Arbeitgebers, bei Eilfällen vorläufige Maßnahmen ergreifen zu dürfen, finden sich außer in § 100 BetrVG nur noch in § 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG.[2] Daraus ließe sich möglicherweise der Umkehrschluß ziehen, daß dem Arbeitgeber nur noch in diesen gesetzlich geregelten Fällen das Recht zustehen soll, vorläufige Maßnahmen zu treffen. Es kann hier jedoch letztlich dahingestellt bleiben, ob sich grundsätzlich eine derartige

---

1) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (AusschBer.), zu BT-Drucksache VI/2729, S. 6

2) Danach kann ein Kapitän in Angelegenheiten, die der Mitbestimmung der Bordvertretung unterliegen, auch wenn eine Einigung mit der Bordvertretung noch nicht erzielt ist, vorläufige Regelungen treffen, wenn dies zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Schiffsbetriebes dringend erforderlich ist.

Schlußfolgerung ziehen läßt. Wenn dies zutreffen sollte, so wäre sie jedenfalls in ihrer Wirkung auf die Fälle echter Mitbestimmung des Betriebsrates beschränkt.[1] Nur solche sind nämlich in den §§ 100, 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG geregelt. Die Anwendbarkeit des Grundgedankens des § 100 BetrVG auf das Mitwirkungsrecht des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 BetrVG ergibt sich sodann aus der Überlegung, daß das, was sogar im Falle eines echten Mitbestimmungsrechtes als Ausnahme im allgemeinen möglich ist, erst recht dort Geltung haben muß, wo es - ebenfalls nur für Ausnahmefälle - um ein wesentlich weniger gewichtiges Beteiligungsrecht geht.

3) Der Arbeitgeber ist demnach befugt, einseitig zu handeln. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß er ohne Anhörung des Betriebsrates sofort kündigen kann. Für den Arbeitgeber gibt es drei Möglichkeiten einer Reaktion. Entweder kann er, wenn er von dem Kündigungsgrund Kenntnis erlangt, sofort und ohne Anhörung des Betriebsrates kündigen.[2][3] Oder er kann lediglich

---

1) Diese Frage würde insbesondere dann akut, wenn man mit der bisher h.M. den Arbeitgeber an sich für befugt hält, in sozialen Angelegenheiten, die nach § 87 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen, bei Eilfällen vorläufige Maßnahmen zu treffen. Ein Umkehrschluß wird jedoch selbst hier verneint. Vgl. Erdmann-Jürging-Kammann, Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Berlin 1972, § 87 Rdn. 19; Hanau, BB 1971, 485, 490. Sachlich etwas enger Dütz, ZfA 1972, 247, 265, 267, 270; Hanau, BB 1972, 499, 500 f; ders., RdA 1973, 281, 292

2) Siehe die auf S. 5 in Fußn. 2 Angeführten

3) Ablehnend, jedoch ohne eine der folgenden Möglichkeiten zu erörtern: Frauenkron, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Stuttgart 1972, § 102 Anm. 5; Gumpert, BB 1972, 47, insbes. S. 48 Fußn. 3a; Hanau, ZfA 1972, Sonderheft, S. 71, 75; Maus, Kündigungsschutzgesetz, Baden-Baden 1973, § 1 Rdn. 262c; Sahmer, Betriebsverfassungsgesetz, Loseblattausgabe, Frankfurt/Main, Stand: Januar 1973, § 102 Anm. 2; Gnade/Kehrmann/Schneider, Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1972, § 102 Rdn. 2; wohl auch Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, München 1972, § 123 VIII 2, S. 479

das Arbeitsverhältnis suspendieren, d.h. den Arbeitnehmer unter Wegfall der Lohnzahlungspflicht von der Arbeit freistellen.[1] Oder der Arbeitgeber hat schließlich sogar nur die Möglichkeit, den Arbeitnehmer zu beurlauben, ist jedoch bis zur Kündigung nach Anhörung des Betriebsrates weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet.[2][3]

a) Zunächst kann der letzteren, engsten Ansicht nicht gefolgt werden.
Etzel[4] stellt u.a. darauf ab, daß die Freistellung des Arbeitnehmers deswegen nicht zum Wegfall der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers führen könne, weil der Arbeitgeber durch diese Freistellung in Annahmeverzug gerate (§§ 293, 615 BGB). Einer Lohnfortzahlung gemäß § 615 BGB steht jedoch der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen. Zutreffend führt Meisel[5] aus: "Denn wenn aufgrund eigenen, grob vertragswidrigen Verhaltens der Arbeitnehmer es

---

1) So: ArbG Herford, DB 1973, 385; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 74; Gamillscheg, Arbeitsrecht, Rechtsfälle in Frage und Antwort, 3. Aufl., München 1973, Nr. 423, S. 465 f; Hanau, BB 1971, 485, 490; ders., BB 1972, 451, 455; Hautmann-Schmitt, Betriebsverfassungsgesetz, Lochham/München 1972, S. 185; Meisel, S. 135, 145 f; Raatz, Beilage Nr.1 zu DB 1972, S. 12; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58); Stege-Weinspach, S. 377 f

2) So: Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Etzel, DB 1973, 1017, 1019; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 3

3) Nach Brecht, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Herne/Berlin 1972, § 102 Rdn. 2 kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von der Arbeit freistellen; ob dann noch eine Lohnzahlungspflicht besteht, wird nicht erörtert.

4) Etzel, DB 1973, 1017, 1019

5) Meisel, S. 145 f; ähnlich auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., Einl. V 3a cc, S. 33 und ArbG Herford, DB 1973, 385

dem Arbeitgeber unzumutbar macht, ihn weiter zu beschäftigen, so handelt er rechtsmißbräuchlich, wenn er dennoch die Fortzahlung des Lohnes bis zur ordnungsmäßigen Anhörung des Betriebsrates verlangt."

Dieser Gedanke hat im übrigen in § 628 Abs. 1 S. 2 BGB seinen Niederschlag gefunden.[1] Der Vorschrift liegt u.a. ebenfalls der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß einem Dienstverpflichteten, der durch sein vertragswidriges Verhalten die fristlose Kündigung des Dienstberechtigten aus wichtigem Grunde veranlaßt, insoweit kein Vergütungsanspruch zusteht, als das Interesse des Berechtigten an der Leistung verloren gegangen ist.
Auch aus der von Etzel[2] zitierten unveröffentlichten Entscheidung des BAG vom 25. Januar 1968[3] läßt sich nichts zugunsten der hier abgelehnten Auffassung entnehmen. Wenn dort zwar das Bundesarbeitsgericht in einer Reihe von Fällen trotz Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bejaht hat, so handelt es sich hierbei jedoch ausnahmslos um Fälle fristloser Kündigungen, die gerade nicht jenes qualifizierende Moment einer besonders schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aufweisen, um die es bei den hier in Rede stehenden Eilfällen geht.

b) Es bleiben die beiden Möglichkeiten einer sofortigen Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates oder einer Suspendierung des Arbeitnehmers unter Wegfall der Lohnzahlungspflicht. Dabei ist für Eilfälle der Suspendierung der Vorzug zu geben. Sie allein kann mit dem Wortlaut des § 102 Abs. 1 BetrVG in Einklang ge-

---

1) Vgl. Stege-Weinspach, S. 377 f; ihm folgend: Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 74; Meisel, S. 145 Fußn. 171

2) Etzel, DB 1973, 1017, 1019 Fußn. 23

3) Az.: 2 AZR 161/67, S. 21 f

bracht werden.[1] Nur eine Suspendierung läßt sich auch mit dem Zweck des § 102 Abs. 1 BetrVG vereinbaren. Da eine Kündigung noch nicht ausgesprochen ist, besteht für den Betriebsrat noch die Möglichkeit, die Entscheidung des Arbeitgebers zu beeinflussen. Das gilt auch dann, wenn man den Zweck der Anhörung des näheren in der Sicherstellung der Beteiligung des Betriebsrates bei der Willensbildung des Arbeitgebers sieht.[2] Da nur eine Suspendierung ausgesprochen ist, liegt kein erkennbar abschließend gebildeter Kündigungswille des Arbeitgebers vor. Für eine Suspendierung spricht ferner, daß durch sie der Charakter einer zunächst noch vorläufigen Maßnahme am besten unterstrichen wird. Das muß vor allem, aber nicht nur dann berücksichtigt werden, wenn man sich - wie Adomeit,[3] was von ihm unter diesem Gesichtspunkt allerdings nicht getan wird - ausdrücklich auf § 100 BetrVG beruft. Der Grundgedanke dieser Vorschrift besteht nämlich nicht nur darin, daß der Arbeitgeber in Eilfällen zu einseitigem Handeln berechtigt sein soll. Diese Bestimmung enthält vielmehr auch den weiteren allgemeinen Rechtsgedanken, daß das zulässige einseitige Handeln des Arbeitgebers, eben weil mit ihm eine Beeinträchtigung des

---

1) Hanau, BB 1972, 451, 455; Meisel, S. 146 Fußn.171. Andeutungsweise auch Auffarth, Mitbestimmung und Kündigung, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 10, Berlin 1973, S. 71, 74.

2) Vgl. etwa Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8. Zum neuen Recht neigt das BAG, DB 1974, 1294, 1295, jetzt ausdrücklich dazu, die Ansicht, es fehle an einer Anhörung, wenn "der Kündigungswille des Arbeitgebers erkennbar bereits abschließend gebildet" war, als er den Betriebsrat beteiligte, im Grundsatz nicht mehr zu verfolgen. Dem widerspricht jedoch, wenn das BAG in derselben Entscheidung einen Absatz später befindet: "Die rechtzeitige Beteiligung des Betriebsrates bei der Willensbildung des Arbeitgebers muß sichergestellt bleiben."

3) Siehe S. 5 Fußn. 2

Beteiligungsrechtes des Betriebsrates verbunden ist, zunächst nur vorläufigen Charakter haben darf.

Gegen eine Suspendierung läßt sich nicht einwenden, daß die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit unter Wegfall der Lohnansprüche vor der Anhörung des Betriebsrates eine unzulässige Umgehung der fristlosen Kündigung bedeute.[1] Auf die Frage der Unzumutbarkeit der Lohnfortzahlung wurde bereits eingegangen. Außerdem besteht der Unterschied zwischen Suspendierung und sofortiger Kündigung darin, daß im ersteren Falle das Arbeitsverhältnis, auch wenn seine Hauptpflichten zum Ruhen gebracht werden, als rechtliches Band in jedem Falle weiter erhalten bleibt. Das äußert sich darin, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach wie vor die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten obliegen. Insbesondere haben sie alles zu unterlassen, was den anderen - über das schon Geschehene hinaus - schädigen könnte.
Das zusätzliche Argument von Etzel, der Arbeitgeber werde nicht allzu hart getroffen, "weil er bei schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers die Möglichkeit hat, das Anhörungsverfahren auf wenige Stunden abzukürzen, und alsdann die Kündigung auszusprechen",[2] läßt sich im übrigen sinngemäß umkehren und auch zum Nachteil des Arbeitnehmers auf diesen beziehen.

Angesichts der Möglichkeit einer Suspendierung, die den berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegenkommt, besteht kein zwingendes Bedürfnis mehr nach sofortiger und endgültiger Lösung des Arbeitsverhältnisses.[3] Für die Wirksamkeit einer wegen besonders schwerwiegender Pflichtverletzung ohne Anhörung des

---

1) So aber Etzel, DB 1973, 1017, 1019

2) Etzel, DB 1973, 1017, 1019

3) Auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., Einl. V 3a cc, S. 33 verlangt wenigstens eine nachträgliche Anhörung.

Betriebsrates erklärten außerordentlichen Kündigung kann daher auch nicht angeführt werden, daß es eine unverhältnismäßige Rechtsfolge wäre, wenn bei Verletzung des § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Kündigung unwirksam ist.[1)]

3. Zur Heilungsmöglichkeit einer durch Unterlassen der vorherigen Anhörung des Betriebsrates verursachten Unwirksamkeit der Kündigung durch nachträgliche Zustimmung.

Zur Neuregelung des § 102 Abs. 1 BetrVG wird die Ansicht vertreten, daß eine infolge vorheriger Nichtanhörung des Betriebsrates verursachte Unwirksamkeit der ordentlichen wie auch der außerordentlichen Kündigung durch nachträgliche Zustimmung rückwirkend geheilt werden könne.[2)]

---

1) Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 65

2) So: Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; ders., BB 1972, 55; ders., AR-Blattei, Kündigungsschutz I D II 1a; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 69; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 25 f. Im Unterschied zu seinen Ausführungen in ZfA 1972, Sonderheft, S. 25 nimmt Richardi im Kommentar, vgl. § 102 Rdn. 69 i.V.m. Rdn. 134, keine Rückwirkung der Heilung mehr an.

Ablehnend: BAG, DB 1974, 1294, 1295; ArbG Herford, BB 1973, 890; Auffarth, S. 71, 74; Baum, BB 1972, 174 f; Brede, BlStSozArbR 1973, 17 f; Buchner, Die AG 1973, 58, 61; Bürger/Oehmann/Stübing, Handwörterbuch des Arbeitsrechts für die tägliche Praxis, Loseblattausgabe, 3. Aufl., Stuttgart und Wiesbaden 1972/1973, Stichwort: Anhörung des Betriebsrates bei Kündigungen, S. 2; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 16 und 72; Etzel, DB 1973, 1017, 1019 f; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8; Hanau, RdA 1973, 281, 291 Fußn. 61; Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490; Kitzelmann, BUV 1972, 209, 213; Lepke, BB 1973, 894 Fußn. 3; Meisel, DB 1972, 1627, 1629; ders., S. 189, zweifelnd allerdings S. 142; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58); ders., Rdn. 34a

Differenzierend: Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, Das neue Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1972, S. 156 f
Skeptisch: Gumpert, BB 1972, 47, 48 mit Fußn. 3a

1) Diese Auffassung findet im Wortlaut der Bestimmung keine Stütze. Aus diesem ergibt sich vielmehr das Gegenteil.

2) Zugunsten dieser Meinung ließe sich allerdings sagen, "die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung beweise, daß dessen Stellungnahme vor Ausspruch der Kündigung dem Arbeitgeber keinen Anlaß gegeben hätte, seine Kündigungsabsicht zu ändern."[1)]
Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch schon zu der insoweit gleichen Problematik nach dem BetrVG 1952 ausgeführt, es sei nicht auszuschließen, daß der Betriebsrat, wäre er tatsächlich schon vor der Entlassung gehört worden, eine andere Ansicht vertreten haben würde.[2)3)] Eine nachträgliche Zustimmung, aus der nicht mit Sicherheit auf eine Zustimmung des Betriebsrates auch vor der Kündigung geschlossen werden kann, falls er vorher gehört worden wäre, kann daher jedenfalls nicht zu einer Heilung der unwirksamen Kündigung führen. Dies entspricht dem Zweck des Anhörungsverfahrens, der des näheren darin besteht, durch eine Einschaltung des Betriebsrates vor Kündigungsausspruch alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um außer die durch eine Kündigung berührten kollektiven Belegschaftsinteressen auch das Interesse des betroffenen Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes zu wahren.[4)] Die Erreichung dieses Zieles wäre nicht

---

1) Dieser Gesichtspunkt wird von Etzel, DB 1973, 1017, 1019 angeführt.

2) BAG AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG 1952; BAG AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG 1952; vgl. auch BAG, DB 1974, 1294, 1295

3) Die Gedanken des BAG zu diesem Fragenkomplex auf der Grundlage des BetrVG 1952 sind wegen der vergleichbaren rechtlichen Situation - übereinstimmender Wortlaut von § 66 Abs. 1 BetrVG und § 102 Abs.1 S. 1 BetrVG - auch unter der Geltung des neuen BetrVG von Bedeutung; ebenso: ArbG Herford, BB 1973, 890; Kitzelmann, BUV 1972, 209, 213; Meisel, S. 142.

4) Auf diesen Fragenkomplex wird noch genauer im nächsten Kapitel eingegangen werden.

gesichert, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Betriebsrat bei vorheriger Anhörung nicht vielleicht doch mit Aussicht auf Erfolg Argumente gegen die beabsichtigte Kündigung hätte geltend machen können.

3) Der einer nachträglichen Zustimmung zugesprochene Beweiswert kann allerdings dann angenommen werden, wenn der Betriebsrat bei einer Anhörung vor der Kündigung mit Sicherheit ebenfalls seine Zustimmung zur Kündigung erteilt hätte. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß in diesen Fällen auch eine Heilung rechtlich möglich ist.[1)]

a) Gegen eine Heilung spricht allerdings nicht der Gesichtspunkt, daß die Anhörungspflicht eine betriebsverfassungsrechtliche Ordnungsvorschrift ist.[2)] Das Bundesarbeitsgericht hatte die Meinung vertreten, daß die Anhörungspflicht eine betriebsverfassungsrechtliche Ordnungsvorschrift sei, die Zuständigkeiten und Beziehungen im Aufbau der Betriebsverfassung normiere, unbeschadet dessen, daß aus der Nichtanhörung bestimmte arbeitsvertragliche Folgen fließen würden. Ihr gegenüber könne eine Einwendung nicht durchschlagen, die die Anhörung von vornherein überflüssig sein ließe, da sonst die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Betriebsrates beeinträchtigt werden würde.
Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es wäre reiner Formalismus, aus diesem Grunde die Möglich-

---

1) Wohl ebenfalls ablehnend: Bürger/Oehmann/Stübing, Stichwort: Anhörung des Betriebsrats bei Kündigungen, S. 2

2) Hierauf stützt sich jedoch das BAG im Hinblick auf die Rechtslage nach § 66 Abs. 1 BetrVG 1952; vgl. BAG AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG 1952. Diese Ansicht wird von Kitzelmann, BUV 1972, 209, 213 auch für § 102 Abs. 1 BetrVG herangezogen, um die Ablehnung einer Heilungsmöglichkeit zu begründen.

keit einer Heilung der Unwirksamkeit zu verneinen. Die Stellung des Betriebsrates im Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist diesem nicht um seiner selbst willen eingeräumt. Eine - wenn auch nachträgliche - Anhörung liegt vor. Kommt der Betriebsrat in diesem "Nachverfahren" infolge gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis, daß er auch bei vorheriger Anhörung ebenfalls zu einer Zustimmung gelangt wäre, so wäre dem eigentlichen Zweck des § 102 Abs. 1 BetrVG Rechnung getragen. Der Betriebsrat würde dann mit seiner Zustimmung zum Ausdruck bringen, daß er auch bei einer vorherigen Anhörung von der Möglichkeit, sich beim Arbeitgeber gegen eine Kündigung auszusprechen, keinen Gebrauch gemacht hätte. Demgegenüber kann der Umstand, daß der Betriebsrat seine Ansicht nicht schon vor Ausspruch der Kündigung äußern konnte, nicht ins Gewicht fallen. Die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Entscheidung des Arbeitgebers vor einer Kündigung ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel - Zwischenzweck - zu dem aufgezeigten Endzweck. Steht jedoch fest, daß dieser ebenso durch nachträgliche Zustimmung erreicht ist, kann es nicht mehr darauf ankommen, daß die Zustimmung nicht - wie eigentlich vorgeschrieben - vor Ausspruch der Kündigung erklärt wurde.

b) Eine Heilung der unwirksamen Kündigung scheitert jedoch daran, daß die Kündigung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Dieses ist grundsätzlich nicht nur schwebend unwirksam, sondern endgültig nichtig und damit nicht mehr heilungsfähig, wenn eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt.[1)]
Hält man Ausnahmen von diesem Grundsatz nur für zulässig, wenn dies im Gesetz ausdrücklich gesagt ist,[2)]

---

1) Vgl. BAG, DB 1972, 1732; Etzel, DB 1973, 1017, 1019 f; siehe auch §§ 111, 180 BGB und Auffarth, S. 71, 74

2) So das BAG und Etzel; vgl. vorstehende Fußnote

so scheidet hier ein heilungsfähiger Tatbestand von vornherein aus, weil nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut eine Kündigung nur nach vorheriger Anhörung voll wirksam ausgesprochen werden kann.
Eine weitere Ausnahme käme allenfalls dann noch in Betracht, wenn die nachträgliche Zustimmung unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten dem Zweck des § 102 Abs. 1 BetrVG in gleicher Weise gerecht würde wie eine Stellungnahme vor der Kündigung.[1] Zwar wird in der fraglichen Fallkonstellation der geschilderte Endzweck des § 102 Abs. 1 BetrVG auch durch eine nachträgliche Zustimmung des Betriebsrates nicht verfehlt, weil darin eine Bestätigung für ihre sachliche Identität mit der Stellungnahme liegt, die der Betriebsrat abgegeben hätte, wenn er vor Ausspruch der Kündigung gehört worden wäre. Mit einer schwebend unwirksamen Kündigung wäre jedoch eine Rechtsunsicherheit für den betroffenen Arbeitnehmer verknüpft, die dieser in Kauf zu nehmen nicht verpflichtet ist.[2] Die Anhörung des Betriebsrates ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung. Wenn der Gesetzgeber ferner ausdrücklich zur Bedingung der Wirksamkeit macht, daß die Anhörung vor dem Kündigungsausspruch erfolgt, so bringt er damit - neben den bereits genannten Zwecken - außerdem zum Ausdruck, daß nach Ausspruch der Kündigung deren schwebende Unwirksamkeit wegen Nichteinhaltung dieses Vorverfahrens nicht mehr in Betracht kommt. Es soll vielmehr für den Fall der Nichtanhörung des Betriebsrates vor einer Kündigung zugunsten des Arbeitnehmers eine klare Rechtslage bereits im Zeitpunkt der Kündigung - nämlich die der Nichtigkeit der Kündigung - bestehen,

---

1) Ähnlich Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 41, 59 für die Frage, ob im Rahmen des § 87 BetrVG das nachträglich hergestellte Einvernehmen dem gesetzlich vorgeschriebenen Zustimmungserfordernis gleichzustellen sei.

2) Vgl. auch Etzel, DB 1973, 1017, 1019

auf die sich dieser sofort berufen kann. Die dem betroffenen Arbeitnehmer bei einer schwebend unwirksamen Kündigung nicht zumutbare Ungewißheit, ob diese wegen Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 BetrVG nichtig ist oder nicht, rechtfertigt somit die endgültige Unwirksamkeit der Kündigung.[1)]
Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Übermaßverbotes,[2)] den man sonst im Hinblick auf die Rechtsfolge der Unwirksamkeit bei den hier in Rede stehenden Fällen möglicherweise hätte annehmen können mit der Folge einer einschränkenden Auslegung des § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, liegt nicht vor, weil der Arbeitnehmer bei Nichtbeachtung des § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG insoweit keine Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen genötigt sein soll.

c) Auch § 102 Abs. 6 BetrVG erlaubt keine andere Betrachtungsweise. Danach können Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbaren, daß Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Richardi[3)] zieht aus dieser Bestimmung folgende Schlußfolgerung: Werde dadurch das Anhörungsrecht zu einem Mitbestimmungsrecht ausgebaut, so sei die Kündigung nur wirksam, wenn der Betriebsrat ihr zustimme. Die Zustimmung könne hier aber auch noch nach der Erklärung der Kündigung erteilt werden. Dasselbe müsse aber auch dann gelten, wenn der Betriebsrat vor der Kündigung lediglich zu hören sei, der Arbeitgeber ihn aber nicht ordnungsgemäß beteiligt habe.

Dieser Gedankengang ist jedoch nicht zwingend.

---

1) A.A. Adomeit, DB 1971, 2360, 2362, der den Gesichtspunkt der Rechtsunsicherheit für den Arbeitnehmer allerdings nicht erwähnt.

2) Dieser Gedanke scheint bei den Befürwortern einer Heilung der Unwirksamkeit im Hintergrund zu stehen.

3) Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 69; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 25

Zwar kann im Rahmen des § 102 Abs. 6 BetrVG die Zustimmung noch nachträglich erklärt werden.[1] Dies ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber in § 102 Abs. 6 BetrVG den Fachausdruck "Zustimmung" verwendet, der nach §§ 183, 184 BGB sowohl die vorherige Zustimmung (Einwilligung) als auch die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) mit einschließt und gesetzliche Anhaltspunkte dafür, daß die Möglichkeit einer Genehmigung ausgeschlossen sein sollte, nicht gegeben sind.[2]

Gegen eine Heranziehung des § 102 Abs. 6 BetrVG spricht jedoch schon der unterschiedliche Wortlaut der in Rede stehenden Vorschriften. Während § 102 Abs. 6 BetrVG nach seiner Fassung eine nachträgliche Zustimmung zuläßt, wird bei § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Möglichkeit einer nachträglichen Anhörung - und damit auch einer Genehmigung - gerade ausgeschlossen.

Außerdem wäre ein Schluß aus § 102 Abs. 6 BetrVG sachlich nicht gerechtfertigt. § 102 Abs. 6 BetrVG bringt zwar im Fall einer nachträglichen Entscheidungsmöglichkeit des Betriebsrates ebenfalls für den betroffenen Arbeitnehmer eine vorübergehende Ungewißheit über die Wirksamkeit der Kündigung mit sich. Auf der anderen Seite wird dieser Nachteil aber dadurch ausgeglichen, daß der Arbeitnehmer aufgrund einer Vereinbarung gemäß § 102 Abs. 6 BetrVG generell die Möglichkeit eines zusätzlichen Schutzes seines Arbeitsplatzes durch Nichterteilung der Zustimmung besitzt. Die Zustimmung des Betriebsrates ist Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. Ohne Zustimmung kann keine Kündigung wirksam werden. Dadurch wird die Handlungsfreiheit des Arbeitgebers noch weiter eingeschränkt. Anders im Falle des § 102 Abs. 1 BetrVG. Hier gibt es bei Zulassung einer Heilung durch

---

1) Vgl. auch Meisel, S. 192

2) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 184 BGB

nachträgliche Zustimmung keine adäquate Kompensationsmöglichkeit für die Rechtsunsicherheit. Stimmt der Betriebsrat der Kündigung zu, ist dies offensichtlich. Insofern besteht allerdings kein Unterschied zu § 102 Abs. 6 BetrVG. Damit läßt sich jedoch keine Gleichbehandlung mit einer nachträglichen Zustimmung gemäß dieser Bestimmung begründen. Bei § 102 Abs. 6 BetrVG rechtfertigt nicht die tatsächlich ausgesprochene Zustimmung ihre nachträgliche Zulassung. Diese beruht vielmehr auf der grundsätzlich gegebenen Möglichkeit einer gegenteiligen Entscheidung des Betriebsrates und dem dadurch begründeten zusätzlichen Schutz des Arbeitnehmers. Es kommt daher im Anhörungsverfahren entscheidend auf die Situation des Arbeitnehmers im Falle der Nichterteilung der Zustimmung an. Der Arbeitnehmer hätte jetzt zwar ebenfalls Gewißheit über die Unwirksamkeit der bereits ausgesprochenen Kündigung. Da jedoch nunmehr eine Anhörung vorliegt, wäre für den Arbeitgeber der Weg zur Entlassung des Arbeitnehmers frei. Der Arbeitgeber kann im Gegensatz zu § 102 Abs. 6 BetrVG einseitig handeln. Der Arbeitnehmer genießt keinen zusätzlichen Schutz.
Will der Arbeitgeber den Arbeitnehmer noch entlassen, so muß er allerdings erneut kündigen.[1] Es genügt jedoch, wenn er nach der Anhörung des Betriebsrates dem betroffenen Arbeitnehmer gegenüber seinen Willen kundtut, die bereits ausgesprochene Kündigung aufrechtzuerhalten.[2]

---

1) Vgl. auch BAG AP Nr. 26 zu § 66 BetrVG 1952; ferner BAG, DB 1974, 1294, 1295, 1296

2) Meisel, S. 142; ders., DB 1972, 1627, 1629; Hueck, Anmerkung zu BAG AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG 1952

4. Das Problem der Bindung des Arbeitnehmers an die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG bei Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG

1) Die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen unterlassener vorheriger Anhörung des Betriebsrates wirft, da das BetrVG selbst keine Frist für deren Geltendmachung enthält, die Frage auf, ob ein Arbeitnehmer bei Berufung auf § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG die dreiwöchige Ausschlußfrist des § 4 KSchG beachten muß, oder ob er diesen Unwirksamkeitsgrund vielmehr jederzeit geltend machen kann. Die weit überwiegende Meinung verneint eine Bindung des Arbeitnehmers an diese Frist.[1] Ein Teil kritisiert allerdings das

---

1) So: BAG, DB 1974, 1294, 1295; LAG Hamm, DB 1972, 2408; Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; ders., AR-Blattei, Kündigungsschutz I, D II 1b; Auffarth, AuR 1972, 33, 39; ders., S. 71, 73; Baum, BB 1972, 174, 175; Brecht, § 102 Rdn. 2; Brede, BlStSozArbR 1973, 17; Buchner, Die AG 1971, 189, 195; ders., Die AG 1973, 58, 61; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 3 und 66; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 2; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 102 Rdn. 3; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8; Gamillscheg, Nr. 393 lit. c, S. 431; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282 f; Gumpert, BB 1972, 47; Hanau, BB 1972, 451, 453; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 71, 75; Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490; Hoechst, AuR 1973, 328, 334; Hueck, KSchG, 8.Aufl., § 13 Rdn. 32; Kitzelmann, BUV 1972, 209 f; Meisel, DB 1972, 1675, 1679; ders., S. 189; Rohlfing/Rewolle, Kündigungsschutzgesetz, Loseblattausgabe, Frankfurt/Main, Stand: August 1972, § 1 Anm. 28, S. 67; Richardi, DB 1971, 621, 632 und 633; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 4; Sahmer, § 102 Rdn. 6; Schwedes, Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Freiburg i.Br. 1972, Rdn. 431; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 73 (57); ders., Rdn. 34a; Stege-Weinspach, S. 365 und S. 379
Unklar: Schaub, § 123 VIII 2, S. 479

Fehlen einer entsprechenden Bestimmung.[1] Einige greifen ausdrücklich auf das Rechtsinstitut der Verwirkung zurück.[2][3] Nur von Freese wird die Anwendbarkeit des § 4 KSchG uneingeschränkt bejaht.[4][5]

2) Der Wortlaut der einschlägigen Normen des KSchG spricht gegen die Ansicht von Freese.[6] Nach § 13 Abs. 3 KSchG finden die Vorschriften des ersten Abschnitts auf eine ordentliche Kündigung, die bereits aus anderen als den in § 1 Abs. 2 und 3 bezeichneten Gründen rechtsunwirksam ist,[7] keine Anwendung. Die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen unterbliebener Anhörung beruht auf § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG und damit auf einem anderen Grunde als dem fehlender sozialer Rechtfertigung im Sinne des § 1 KSchG. Ähnliches gilt für außerordentliche Kündigungen. Nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG kann zwar die Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nur nach

---

1) Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; Brede, BlStSozArbR 1973, 17; Buchner, Die AG 1971, 189, 195; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 3 und 66; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 2; Richardi, DB 1971, 621, 632 und 633; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 24; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 73 (57); ders., Rdn. 34a

2) Vgl. z.B. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 3 und 66; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 2; Meisel, S. 189

3) Sogar diese Möglichkeit ausdrücklich ablehnend: Baum, BB 1972, 174, 175

4) Freese, BB 1973, 665; dieser Ansicht zuneigend: Hautmann/Schmitt, S. 186

5) Unentschieden: Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 157

6) Vgl. auch z.B.: Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8; Meisel, S. 189; Rohlfing/Rewolle, § 1 Anm. 28, S. 67

7) Vgl. auch § 7 KSchG

Maßgabe des § 4 Satz 1 KSchG (Bindung an die Drei-Wochen-Frist) und der §§ 5 bis 7 geltend gemacht werden. Dabei ist jedoch unter "Rechtsunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung" nur die Unwirksamkeit wegen Fehlens eines wichtigen Grundes zu verstehen.[1] In anderen Fällen der Unwirksamkeit findet hier ebenfalls das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung. Es besteht also keine Ausschlußfrist.[2]

Auch die Entstehungsgeschichte des § 102 Abs. 1 BetrVG steht einer Bindung des Arbeitnehmers an die Drei-Wochen-Frist entgegen.

Das Bundesarbeitsgericht hatte bereits in seiner grundlegenden Entscheidung[3] über die Rechtsfolgen einer Verletzung der Anhörungspflicht nach § 66 BetrVG 1952 seine Ansicht, daß die vorherige Anhörung des Betriebsrates nach § 66 BetrVG 1952 keine Wirksamkeitsvoraussetzung sei, u.a. damit begründet, daß sonst die Nichtigkeit der Kündigung, da die Fristbestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung finden, ohne zeitliche Begrenzung von dem Arbeitnehmer geltend gemacht werden könnten, so daß die Gültigkeit der Kündigung lange Zeit zweifelhaft zu bleiben vermöchte.[4] Die vom Bundesarbeitsgericht gefundene Lösung - keine Berufungsmöglichkeit des Arbeitgebers auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung bei Nichtanhörung des Betriebsrates - führte hingegen dazu, daß nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG ein Verstoß gegen § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 nicht

---

1) Vgl. Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 13 Rdn. 10 mwN.; siehe auch Stege-Weinspach, S. 379

2) So auch BAG, DB 1974, 1294, 1295

3) BAG AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952

4) Dieses Argument führt das BAG ebenso in der letzten umfassenden Darstellung seiner Ansicht zu diesem Problem ausdrücklich an, BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952.

mehr geltend gemacht werden konnte.[1] Mit der Regelung des § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG hat der Gesetzgeber die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts zur Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Anhörungspflicht des Betriebsrates verworfen. Es kann jedoch unterstellt werden, daß er Kenntnis von den aus der Annahme einer unwirksamen Kündigung für die Frage der Anwendbarkeit des § 4 KSchG gezogenen Schlußfolgerungen des Gerichts hatte, da es sich hier um den Aspekt einer ständigen Rechtsprechung handelte. Der Gesetzgeber muß demnach davon ausgegangen sein, daß mit der Verankerung der Unwirksamkeit im BetrVG als Sanktion für die Verletzung der Anhörungspflicht nunmehr eine Bindung des Arbeitnehmers an die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG entfallen sollte. Wenn er diese Konsequenz vermeiden wollte, hätte er klarstellen müssen, daß nur innerhalb einer bestimmten Frist die Unwirksamkeit geltend gemacht werden kann. Dies hat er jedoch nicht getan.[2][3]

Dieser Gedankengang wird durch einen weiteren Gesichtspunkt aus der Entstehungsgeschichte des BetrVG untermauert. Der Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieb und Unternehmen

---

1) Vgl. auch Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282 f

2) Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282 f kommen ebenfalls zu dem Ergebnis, daß die Entstehungsgeschichte des § 102 Abs. 1 BetrVG unter dem Blickwinkel der früheren Rechtsprechung des BAG gegen eine Bindung an die Drei-Wochen-Frist spricht.

3) A.A.: Freese, BB 1973, 665, 666 f. Freese hält die in § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG vorgenommene Abweichung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand praktisch für ohne Bedeutung. Dies mag im Ergebnis zutreffen. Nur kann daraus nicht, wie es Freese tut, gefolgert werden, aus der Neuregelung des BetrVG lasse sich nicht der Schluß ziehen, der Gesetzgeber habe die Geltendmachung der Nichtanhörung außerhalb der Fristen des KSchG zulassen wollen. Freese übersieht, daß das BAG die von ihm in Abrede gestellte Konsequenz gerade für den Fall der Annahme einer Unwirksamkeit bejaht hat.

der CDU/CSU-Fraktion[1] sah in § 39 Abs. 1 S. 4 ebenfalls vor, daß eine ordentliche Kündigung ohne vorherige Unterrichtung und Anhörung des Betriebsrates rechtsunwirksam sei. Der Entwurf bestimmte dann allerdings in Satz 5 ausdrücklich, daß dieser Mangel als geheilt gelte, wenn er von dem Arbeitnehmer nicht rechtzeitig nach § 4 S. 1, §§ 5 und 6 KSchG geltend gemacht werde. Der Gesetzgeber ist dieser Anregung jedoch nicht gefolgt.

3) Von den gegen eine jederzeitige Geltendmachung der Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG erhobeben Bedenken ist der verschiedentlich angeführte Gesichtspunkt der sonst entstehenden Rechtsunsicherheit[2] nicht zwingend. Diese Überlegung könnte nämlich in gleicher Weise angestellt werden, wenn es um anderweitige Unwirksamkeitsgründe geht - was zumindest im Verhältnis zu solchen Unwirksamkeitsgründen gilt, die ebenso wie ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG weniger gewichtig[3] sind als der einer Sozialwidrigkeit der Kündigung. Bei diesen, z.B. bei Nichteinhaltung einer für die Kündigung vereinbarten bestimmten Form, besteht jedoch unstreitig gerade keine Bindung an die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG.

---

1) BT-Drucksache VI/1806, S. 9

2) Vgl. Hautmann/Schmitt, S. 186; Richardi, DB 1971, 621, 632; so auch schon BAG AP Nr. 1 und Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952

3) Vgl. hierzu: Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 157; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 2; Richardi, DB 1971, 621, 632, 633; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 24; auch Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 73 (57)

4) Freese wendet gegen die herrschende Meinung ein, daß deren Ansicht nicht genügend den Zweck des § 102 Abs. 1 BetrVG berücksichtige. Dieser wird darin gesehen, daß dem Betriebsrat durch die Anhörung die Gelegenheit gegeben werde, "zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers die soziale Berechtigung der Kündigung aus seiner Sicht zu überprüfen und etwaige Bedenken gegen die Kündigung zu äußern".[1] Dies rechtfertige die Annahme eines engen sachlichen Zusammenhanges zwischen Anhörung und Kündigungsschutz. Fehle die Anhörung, so spreche eine unwiderlegliche Vermutung dafür, daß die Kündigung sozialwidrig sei. Eine ohne vorherige Anhörung ausgesprochene Kündigung müsse daher innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG angefochten werden.[2] Bei einer außerordentlichen Kündigung gelte im Ergebnis das gleiche.[3]
Freese sieht demnach den Zweck der Anhörung ausschließlich unter dem Blickwinkel der Interessen des betroffenen Arbeitnehmers, und zwar eingeengt auf die Frage der Sozialwidrigkeit. Auch das Bundesarbeitsgericht hatte in seiner Rechtsprechung zu § 66 BetrVG den individuellen Aspekt der Anhörung sehr stark in den Vordergrund gestellt, wenn es u.a. ausführte, es handele sich sowohl im Falle des § 66 Abs. 1 BetrVG wie im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes um die gleiche Erörterung der sozialen Berechtigung oder Nichtberechtigung.[4]

a) Unterstellt, diese Darlegungen zum Zweck der Anhörung wären zutreffend, so läßt sich trotz der bereits

---

1) Freese, BB 1973, 665, 666
2) Freese, BB 1973, 665, 667
3) Freese, BB 1973, 665, 667
4) BAG AP Nr. 1 und Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952

hervorgehobenen Bedenken das Ergebnis der Überlegungen von Freese - Bindung an die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG bei Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG - aus zwei Gründen bejahen.

Sinn und Zweck der Frist des § 4 KSchG verlangen dann deren Einhaltung auch bei Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG. Der Zweck dieser Fristbestimmung besteht darin, "in bestimmten kurzen Fristen, in denen die Erinnerung an die Vorgänge noch frisch und sicher ist, eine Klärung der Rechtslage hinsichtlich der für die Existenz des Arbeitnehmers wichtigen Kündigung herbeizuführen".[1] Dieser Zweck kann jedoch, da die Anhörung des Betriebsrates ebenfalls zur Klärung der Rechtslage unter dem Aspekt der sozialen Rechtfertigung der Kündigung beitragen soll, beeinträchtigt oder sogar vereitelt werden,[2] wenn keine Bindung an die Drei-Wochen-Frist bestünde, sondern die Unwirksamkeit der Kündigung jederzeit vorgebracht werden könnte.
Wenn außerdem sogar nach § 7 KSchG eine Kündigung wegen Fehlens einer sozialen Rechtfertigung oder sogar eines wichtigen Grundes (vgl. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG)[3] als von Anfang an rechtswirksam gilt, falls ihre auf fehlender sozialer Rechtfertigung beruhende Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht wird, so muß dies erst recht dann gelten, wenn

---

1) BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952; in diesem Sinne auch schon BAG AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952

2) Vgl. wie vorstehende Fußn.; siehe auch Freese, BB 1973, 665, 667

3) Vgl. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 3; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 2; Richardi, DB 1971, 621, 632, 633; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 24

die Unwirksamkeit demgegenüber auf einem weniger schwerwiegenden Verfahrensfehler beruht.[1)]

Das gilt selbst dann, wenn beide Unwirksamkeitsgründe kumulativ vorliegen. Es geht um einen Vergleich der Schwere der Mängel. Eine ohnehin sozialwidrige Kündigung kann durch ein Unterlassen der Anhörung, die als ein "erstes Element der sozialen Rechtfertigung"[2)] verstanden wird, keine höhere Qualität der Sozialwidrigkeit erhalten. Wenn es der Arbeitgeber verhindert, den Betriebsrat von seiner Möglichkeit Gebrauch machen zu lassen, die sozialen Belange des Arbeitnehmers wahrzunehmen, wobei die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers selbst bei einer negativen Stellungnahme des Betriebsrates zu der beabsichtigten Kündigung voll erhalten bliebe, kann dieser Fehler gegenüber einer sozialwidrigen Kündigung selbst, wenn die Anhörung - wie gesagt - als ein "erstes Element der sozialen Rechtfertigung" verstanden wird, auch nicht als gleich- oder gar höherwertig bezeichnet werden.

b) Die Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG kann allerdings nur dann nicht als eine Rechtsunwirksamkeit "aus einem anderen Grunde" im Sinne der §§ 7, 13 Abs. 3 KSchG angesehen werden, wenn sie einer Unwirksamkeit wegen fehlender sozialer Rechtfertigung der Kündigung gleichzustellen ist. Das setzt voraus, daß im Anhörungsverfahren außer der Geltendmachung der Sozialwidrigkeit oder des Fehlens eines wichtigen Grundes keine weiteren Einwir-

---

1) Siehe insoweit auch die Bedenken bei: Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 157; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 3; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 2; Richardi, DB 1971, 621, 632, 633; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 24; auch Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 73 (57). Siehe auch Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490

2) Freese, BB 1973, 665, 666

kungsmöglichkeiten des Betriebsrates bestehen, um die beabsichtigte Kündigung zu verhindern. Anderenfalls wäre eine Abgrenzung zur Unwirksamkeit "aus anderen Gründen" nicht mehr möglich. Der Arbeitnehmer müßte durch eine gleichwohl erfolgende Bindung an die Frist des § 4 KSchG eine Schmälerung seiner vielmehr dann durch § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG rechtlich umfassender geschützten Position hinnehmen.

Gegen die Prämisse von Freese, daß die Anhörung des Betriebsrates allein der Überprüfung der sozialen Berechtigung einer Kündigung diene, bestehen jedoch Bedenken.
Die Bedeutung der Anhörung läßt sich sachlich nicht auf die Wahrung der individuellen Interessen des betroffenen Arbeitnehmers unter dem Blickwinkel des § 1 Abs. 2 und 3 KSchG oder des Fehlens eines wichtigen Grundes beschränken.[1] Der Betriebsrat hat in seiner Stellungnahme alle Gründe vorzubringen, die gegen die beabsichtigte Kündigung sprechen könnten.

Die Wahrung des Interesses des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes kann es erforderlich machen, daß der Betriebsrat auch sonstige Unwirksamkeitsgründe, z.B. Verstöße gegen andere Gesetze oder vertragliche Kündigungsbeschränkungen, geltend macht.

Insbesondere dient aber die Anhörung ferner dem Zweck, die kollektiven Interessen der Belegschaft im Zusammenhang mit einer Kündigung zur Geltung zu bringen.
Vor dem Inkrafttreten des BetrVG ging die weitaus überwiegende Meinung im Schrifttum dahin, daß durch die Anhörung gemäß § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 in erster Linie die Wahrnehmung der durch die Kündi-

---

1) Vgl. auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 53

gung eines einzelnen Arbeitnehmers mitberührten kollektiven Interessen der Belegschaft durch den Betriebsrat ermöglicht werden soll.[1] Die Begründung für diese Ansicht lag im wesentlichen darin, daß sich durch eine Kündigung eben auch "Rückwirkungen auf die Zusammensetzung und damit auf die Funktionsfähigkeit der Betriebsgemeinschaft und dadurch wieder auf den betrieblichen Frieden und die betriebliche Ordnung ergeben".[2] Der betroffene Arbeitnehmer steht in der Belegschaft nicht isoliert, sondern ist Glied der Betriebsgemeinschaft.

Lediglich Nikisch bekämpfte die Unterscheidung zwischen einer Wahrnehmung individueller und einer solchen kollektiver Interessen.[3] Er räumte zwar eine theoretische Unterscheidbarkeit der beiden Interessenkreise ein, war aber der Auffassung, daß in der Praxis beide Aspekte des Anhörungsrechtes untrennbar miteinander verbunden seien.

---

1) Vgl. z.B.: Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München und Berlin 1967, Vorbem. zu § 60 Rdn. 2 und 10 sowie § 66 Rdn. 11b; siehe aber auch ders., § 66 Rdn. 2 und 11c; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1970, § 60 Rdn. 1; Galperin-Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 1963, Vorbem. vor § 60 Rdn. 1 und § 66 Rdn. 22; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960, S. 540; sehr eingehend wird dieser Fragenkomplex behandelt von Schuschke, Erweiterung der Mitwirkung des Betriebsrates bei Kündigungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, Kölner Dissertation 1966, insbes. S. 17 ff und 75 ff

2) Galperin-Siebert, Vorbem. vor § 60 Rdn. 1

3) Nikisch, DB 1952, 37 und 39; ders., DB 1956, 1108; ders., Arbeitsrecht, III. Band, 2. Aufl., Tübingen 1966, § 114 V 2, S. 460

Gegenüber der früheren Rechtslage hat sich zwar durch das BetrVG die Tendenz zur Wahrnehmung der individuellen Interessen des Arbeitnehmers durch den Betriebsrat verstärkt. Dies zeigt sich zunächst darin, daß die Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung unmittelbare Bedeutung für den Bestand des einzelnen Arbeitsverhältnisses gewinnt. Auch der Umstand, daß § 66 Abs. 3 BetrVG 1952, wonach die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes unberührt bleiben, nicht in das BetrVG übernommen worden ist, gibt einen Hinweis darauf, daß keine Bedenken bestehen, wenn der Betriebsrat seine Stellungnahme im Anhörungsverfahren vorwiegend oder gar ausschließlich auf die sachlichen Kriterien des Kündigungsschutzgesetzes stützt. Insbesondere wird aber die vermehrte Tendenz zur Wahrnehmung individueller Interessen durch den Betriebsrat deutlich, wenn man den § 102 Abs. 3 BetrVG i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG betrachtet.[1] Der Betriebsrat überprüft hier nicht einfach die soziale Rechtfertigung der Kündigung, sein Widerspruch ist vielmehr bei Vorliegen eines der Gründe des § 102 Abs. 3 Ziff. 2 bis 5 BetrVG selbst Tatbestandsmerkmal einer sozial ungerechtfertigten Kündigung (§ 1 Abs. 2 S. 2 KSchG).

Wie schon nach der alten Rechtslage, so kann aber gleichfalls unter der Geltung des BetrVG der Zweck der Anhörung nicht allein in der Wahrung der Interessen des betroffenen Arbeitnehmers gesehen werden. Die Anhörung des Betriebsrates dient auch jetzt noch der Wahrnehmung der von einer Kündigung berührten kollektiven Interessen der Belegschaft.[2]

---

1) Vgl. auch Freese, BB 1973, 665, 666

2) Vgl. auch Adomeit, AR-Blattei, Kündigungsschutz I D II

Allerdings - und insoweit kann Nikisch zugestimmt werden - besteht ein Mittel, dessen sich der Betriebsrat bedienen kann, um die kollektiven Interessen der Betriebsgemeinschaft zur Geltung zu bringen, darin, den Arbeitgeber auf Bedenken gegen die soziale Rechtfertigung der Kündigung hinzuweisen. Es ist nur natürlich, wenn der Betriebsrat, um eine Veränderung in der Zusammensetzung der Belegschaft zu verhindern, auf die fehlende soziale Rechtfertigung einer Kündigung und damit auf deren Unwirksamkeit hinweist. Gegenüber der individuellen Interessenwahrnehmung, die unmittelbar auf die Arbeitsplatzsicherung für den betroffenen Arbeitnehmer abzielt, besteht dann die Wahrung der Kollektivinteressen darin, daß der Betriebsrat die negativen Auswirkungen einer sozial ungerechtfertigten Kündigung auf die Arbeitnehmer des Betriebes, am ehesten zu kennzeichnen unter dem Gesichtspunkt des Betriebsklimas,[1] schildert. Es ist durchaus denkbar, daß die Darstellung der Wirkung einer derartigen Kündigung auf die anderen Arbeitnehmer des Betriebes den Arbeitgeber bisweilen eher von einer Kündigung Abstand nehmen läßt, als die Betrachtung des individuellen Einzelschicksals des betroffenen Arbeitnehmers. Der einzelne Arbeitnehmer ist nicht beliebig austauschbar.[2]
Darüber hinaus bietet die Anhörung des Betriebsrates gerade auch die Möglichkeit, Dinge zur Sprache zu bringen, die im Kündigungsschutzverfahren unberücksichtigt bleiben,[3] die aber dennoch den Arbeitgeber möglicherweise von einer Kündigung abzuhalten

---

1) Vgl. auch Schuschke, S. 18 f und insbes. S. 20
2) Vgl. auch Schuschke, S. 20 mwN. in Fußn. 57
3) Schuschke, S. 21

vermögen.[1] Hier wäre etwa an Kündigungen zu denken, die, obwohl sie an sich gerechtfertigt wären, gleichwohl wegen einer besonderen Härtesituation sozial unerwünscht sind,[2] oder an Kündigungen, bei denen eine akute Störung des Betriebsfriedens eintreten könnte und die daher unzweckmäßig sind, wie z.B. der gezielten Entlassung einzelner Arbeitnehmer, die sich an wilden Streiks beteiligt haben.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Betriebsrat sowohl die individuellen Interessen des Arbeitnehmers - und hier nicht nur bei Sozialwidrigkeit der Kündigung oder Fehlens eines wichtigen Grundes - als auch die Kollektivinteressen zu wahren hat. Weder die kollektiven noch die individuellen Interessen sind jedoch grundsätzlich vorrangig, sondern es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab, welche sachlichen Kriterien aus welchem Interessenkreis einer Stellungnahme zugrunde gelegt werden.

Damit fehlt es aber an der Voraussetzung für eine Gleichstellung der Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG mit der wegen Sozialwidrigkeit oder wegen Fehlens eines wichtigen Grundes. Es handelt sich um eine Unwirksamkeit "aus einem anderen Grunde".

Die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG kann daher vom Arbeitnehmer auch noch nach Ablauf der Drei-Wochen-

---

1) Vgl. auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 53

2) Vgl. auch Höhlmann, Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. 1955, Nr. 13, S. 5, 7; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 27

Frist des § 4 KSchG, und zwar in jedem Verfahren,[1] geltend gemacht werden.

5. Der Einfluß des Zeitfaktors bei Wahrnehmung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates auf die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer die außerordentliche Kündigung aussprechen will, muß er den Betriebsrat beteiligen. Bei einem Arbeitnehmer, der nicht zu dem durch § 103 BetrVG geschützten Personenkreis - Mitglieder des Betriebsrates, der Jugendvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrates, des Wahlvorstandes sowie Wahlbewerbern - gehört, genügt eine Anhörung (§ 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Bei Betriebsratsmitgliedern und den anderen besonders geschützten Personen ist eine Zustimmung des Betriebsrates oder, wenn die Zustimmung verweigert wird, deren Ersetzung durch das Arbeitsgericht erforderlich.
Es stellt sich die Frage, welchen Einfluß der bis zur Stellungnahme des Betriebsrates oder im Falle des § 103 Abs. 2 BetrVG sogar der bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts verstreichende Zeitraum auf die Frist des § 626 Abs. 2 BGB hat.

---

1) Auffarth, AuR 1972, 33, 39; ders., S. 71, 73; Buchner, Die AG 1973, 58, 61; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8; Gumpert, BB 1972, 47; Hoechst, AuR 1973, 328, 334; Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 13 Rdn. 32; Kitzelmann, BUV 1972, 209; Sahmer, § 102 Rdn. 6
A.A. Stege-Weinspach, S. 365, auch S. 379. Sie treten, allerdings ohne Begründung, für eine Feststellungsklage ein.

1) § 626 Abs. 2 BGB und § 102 Abs. 1 und 2 BetrVG

Will der Arbeitgeber, genauer: der Kündigungsberechtigte (vgl. § 626 Abs. 2 S. 1 BGB), außerordentlich kündigen, so kann er dies nach § 626 Abs. 2 S. 1 BGB[1] nur innerhalb von zwei Wochen nach Erlangen der Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Der vor Ausspruch der Kündigung einzuschaltende Betriebsrat muß spätestens innerhalb von drei Tagen Stellung nehmen, andernfalls die Zustimmung zur Kündigung als erteilt gilt.[2] Zu prüfen ist daher, ob sich die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB um drei Tage verkürzt oder verlängert oder ob sie sogar erst mit der Stellungnahme des Betriebsrates zu laufen beginnt. Die ganz herrschende Meinung tritt - allerdings ohne Begründung - für eine Fristverkürzung ein.[3] Nach Meisel[4] soll die Frist ver-

---

1) Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift vgl. einerseits G. Küchenhoff, AuR 1971, 1 (für Verfassungswidrigkeit), der allerdings später seine Bedenken fallen läßt (G. Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist sowie Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - [betr. außerordentliche Kündigung: Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB] in AuR 1973, 248, 253, 246); andererseits Herschel, AuR 1971, 257 (für Verfassungsgemäßheit) und ihm folgend das BAG, BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; siehe auch BAG, DB 1972, 2119

2) Die Fiktion der Zustimmung bei Schweigen des Betriebsrates ist zwar für die außerordentliche Kündigung - im Gegensatz zur ordentlichen (vgl. § 102 Abs. 2 BetrVG) - nicht ausdrücklich geregelt; sie hat aber auch hier zu gelten. Siehe: Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Gumpert, BB 1972, 47, 48; Kitzelmann, BUV 1972, 209, 212; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 25

3) Vgl. z.B. Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 70; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 49; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8; Stahlhacke, Rdn. 71; Adomeit, DB 1971, 2360, 2362; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Hanau, BB 1972, 451, 455

4) Meisel, S. 147

längert werden. Sie erst mit der Stellungnahme des Betriebsrates laufen zu lassen, wird für den Regelfall von G. Küchenhoff[1] befürwortet.

Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Unter den "für die Kündigung maßgebenden Tatsachen" ist nicht allein der konkrete Kündigungsanlaß zu verstehen,[2] sondern alle Umstände, die erforderlich sind, damit der Kündigungsberechtigte für die Interessenabwägung ein hinreichendes Gesamtbild erhält, um sich über die Vornahme der Kündigung schlüssig werden zu können.[3] Nach Herschel[4] zählen hierzu u.a. Auswirkungen auf den Betrieb des kündigenden Arbeitgebers und auf das Betriebsklima. "Kenntnis" bedeutet eine sichere und möglichst vollständige Kenntnis der maßgebenden Tatsachen.[5]
Die Funktion der Anhörung des Betriebsrates besteht darin, die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auf ihre Stichhaltigkeit hin zu untersuchen. Ergeben sich Gesichtspunkte, die gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, so sind diese vom Betriebsrat geltend zu machen. Diese Umstände können sich auf den eigentlichen "Vorfall" beziehen, aber auch dem

---

1) G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256

2) Vgl. BAG, DB 1972, 2119, 2120; Herschel, AuR 1971, 257, 260

3) Vgl. Herschel, BB 1970, 5; Molitor/Meier-Scherling, AR-Blattei, Kündigung VIII A V 1; Brill, AuR 1971, 167, 169; BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; BAG, DB 1972, 2119, 2120

4) Herschel, AuR 1971, 257, 260

5) Vgl. Herschel, AuR 1971, 257, 260; BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; BAG, DB 1972, 2119

oben beispielhaft aufgezählten Bereich (Auswirkungen auf den Betrieb und das Betriebsklima usw.) angehören. Durch die Anhörung wird dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt, auf das "Bild", das der Kündigungsberechtigte von dem Kündigungssachverhalt bereits hat, und damit auf die Kündigungsabsicht selbst, Einfluß zu nehmen und zu einem "Gesamtbild" abzurunden. Durch "eine solche Stellungnahme können Umstände bekannt werden, die den bisher ermittelten Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen. Sie können ihn auch ergänzen, ändern oder gar als falsch erweisen".[1] Die erforderliche sichere und möglichst vollständige Kenntnis kann daher erst mit der Stellungnahme des Betriebsrates gegeben sein.[2] Nur so kann außerdem der Forderung des § 626 Abs. 1 BGB Rechnung getragen werden, die Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zu treffen.[3] Das gilt auch für eine zustimmende, den Kündigungssachverhalt bestätigende Äußerung des Betriebsrates, weil durch eine Zustimmung seitens der betrieblichen Arbeitnehmervertretung noch mögliche Zweifel beseitigt, das "Bild" vervollständigt und die für die Kenntnis notwendige

---

1) BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist. Diese Feststellung des Gerichts bezieht sich zwar auf die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers; es ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb dies nicht auch für die Anhörung des Betriebsrates gelten soll.

2) Ähnlich G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256

3) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch den allerdings anders gelagerten Fall des LAG Düsseldorf, DB 1972, 1539, 1540. Hier ging es um die Anhörung des Arbeitnehmers.

Sicherheit gegeben werden kann. Hinzu kommt, daß die Anhörung des Betriebsrates vor der außerordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber zur Pflicht[1] gemacht ist, wenn nicht andernfalls die Kündigung schon nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam sein soll. Aus diesem Grunde ist es für den Fristbeginn auch ohne Bedeutung, wenn der Betriebsrat keine Stellung nimmt und die Zustimmung daher lediglich fingiert wird. Außerdem ist ein derartiges Ergebnis nicht vorhersehbar.[2]
Die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB beginnt demnach bei einer gesetzessystematischen Betrachtung erst mit der Anhörung des Betriebsrates zu laufen. Sie wird also nicht einfach um drei Tage verlängert oder verkürzt.

Diese Schlußfolgerung steht mit dem Zweck des § 626 Abs. 2 BGB in Einklang.

Die Ausschlußfrist dient neben dem Betriebsfrieden (Ordnung innerhalb des Betriebes)[3] der Rechtssicherheit im Interesse des Kündigungsgegners.[4]

Der kollektive Gesichtspunkt der Betriebsordnung wird dadurch, daß die Ausschlußfrist erst mit Anhö-

---

1) Hierauf weisen ebenfalls hin: Meisel, S. 147 und G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256

2) Vgl. auch BAG, DB 1972, 2119, 2120. Diese Entscheidung befaßt sich mit der ähnlichen Problematik bei Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers. Hier wirkt sich ebenfalls ein negatives Ergebnis der Anhörung nicht auf den Beginn der Ausschlußfrist aus.

3) Herschel, AuR 1971, 257, 258

4) Vgl. Herschel, AuR 1971, 257, 258 f; Lepke, BB 1973, 894, 898; vgl. auch BAG AP Nr. 1 und Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist sowie ArbG Bochum, DB 1973, 2099, 2100

rung des Betriebsrates beginnt, nicht beeinträchtigt. Diese Voraussetzung für den Fristbeginn gilt für alle außerordentlichen Kündigungen. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB bleibt als solche unberührt.

Der in der Zwei-Wochen-Frist zum Ausdruck kommende Gedanke der Rechtssicherheit soll nicht um jeden Preis verwirklicht werden. Er gewinnt erst - und nur dann - seine Bedeutung, wenn der Arbeitgeber "im vollen Besitz aller der Tatsachenkenntnisse" - "der für und gegen die Kündigung sprechenden Umstände"[1] - (ist), "derer es bedarf, um einen abgewogenen, verantwortungsvollen Entschluß über Ausübung oder Nichtausübung seines Kündigungsrechtes fassen zu können"[2] (vgl. auch § 626 Abs. 1 BGB: "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles"). Auch wenn dadurch - im Interesse der materiellen Gerechtigkeit - eine Verzögerung des Kündigungsausspruches eintritt, so muß dies vom Kündigungsempfänger in Kauf genommen werden.[3] "Die zeitl. Begrenzung soll... keineswegs zu hektischer Eile bei der Kündigung antreiben oder gar der Anlaß sein, daß ohne genügende Vorprüfung außerordentlich gekündigt wird."[4]

---

1) BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; BAG, DB 1972, 2119 und 2120

2) Herschel, AuR 1971, 257, 260; vgl. auch BAG AP Nr. 1 und Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; BAG, DB 1973, 1258, 1259

3) Vgl. Fußn. 2, insbes. BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist

4) BAG AP Nr. 1 zu § 626 Ausschlußfrist; auch BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist

Man kann sogar sagen, daß der Sinn des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB das hier gefundene Ergebnis zwingend erfordert. In dieser Vorschrift wird ein Verwirkungstatbestand normiert, der im Interesse der Rechtssicherheit an den reinen Zeitablauf geknüpft ist.[1] "Es gilt die unwiderlegliche Vermutung, daß bei Versäumung der Frist - mag der Kündigungsgrund auch noch so schwerwiegend gewesen sein - die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar, die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, weil es so angesehen wird, als ob der wichtige Grund fehle."[2][3] Es wird also nicht, wie sonst,[4] für die Verwirkung gefordert, daß außer dem Zeitablauf auch noch durch das Verhalten des Kündigungsberechtigten besondere Umstände hinzutreten müssen, auf Grund derer der Kündigungsempfänger nach Treu und Glauben nicht mehr damit zu rechnen braucht, daß der andere von seinem Recht zur Kündigung Gebrauch machen würde. Ein Abstellen auf den bloßen Zeitablauf zur Begründung einer Verwirkung ist jedoch ebenfalls nach Treu und Glauben dann nicht mehr zulässig, wenn der Kündigungsberechtigte durch sein Verhalten gerade das Gegenteil, nämlich ein Beharren auf seiner Rechtsposition, zu erkennen gibt. Das ist hier der Fall, wenn der Arbeitgeber während der Zwei-Wochen-Frist den Betriebsrat anhört. Damit bringt er seine Kündigungsabsicht - zumindest nach

---

1) Vgl. BAG, DB 1972, 2119; Lepke, BB 1973, 894, 898

2) BAG, DB 1972, 2119; vgl. ferner BAG, DB 1972, 2406, 2407; BAG, DB 1973, 481

3) Die Rechtsprechung des BAG ablehnend: Güntner, BB 1973, 1496

4) Vgl. Erman-Küchenhoff, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., Münster/Westf. 1972, § 626 Rdn. 41; Palandt-Heinrichs, Kommentar zum BGB, 32. Aufl., München 1973, § 242 Anm. 9a und d

dem Stand der Dinge, wie sie sich ihm vor der Stellungnahme des Betriebsrates darstellen - zum Ausdruck. Ein möglicher Rechtsschein, daß er nicht kündigen werde, wird somit im Ansatz zerstört. Das ist dem Arbeitnehmer auch zumutbar. Die Anhörung des Betriebsrates ist für den Arbeitgeber Pflicht. Der Arbeitnehmer weiß das oder muß es jedenfalls wissen.[1)]

Schließlich läßt auch der Umstand, daß die Drei-Tage-Frist des § 102 BetrVG mit der Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB formell in Einklang gebracht werden kann,[2)] keine entsprechende Verkürzung der Zwei-Wochen-Frist zu. Dem Kündigungsberechtigten muß die ihm durch § 626 Abs. 2 BGB eingeräumte Überlegungsfrist voll zur Verfügung stehen, "d.h. von da an..., wo er sich anhand seiner Kenntnis des Sachverhalts über die Fortsetzung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses entscheiden kann",[3)] hier also nach Anhörung des Betriebsrates. Die zweiwöchige Überlegungsfrist soll den Kündigungsberechtigten vor einem übereilten Ausspruch der Kündigung schützen und die Vorbereitung einer abgewogenen Entscheidung, die im beiderseitigen Interesse liegt, gewährleisten.[4)] Die eintretende Verzögerung der Kündigungserklärung muß der Kündigungsgegner in Kauf nehmen,[5)] zumal die Anhörung des Betriebsrates für den Arbeit-

---

1) Vgl. auch G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256

2) Vgl. G. Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist

3) BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; ferner BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; BAG, DB 1972, 2119 und 2120

4) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist

5) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschlußfrist

geber Pflicht ist.[1] Es ist daher nicht einzusehen, weshalb ein Mißbrauch der Fristhemmung vorliegen soll, "wenn nach Lage des Falles die dem Betriebsrat vom Gesetz höchstens zugebilligte Zeit von drei Tagen unschwer innerhalb dieser Frist von zwei Wochen untergebracht werden kann."[2] Diese Auffassung ist außerdem deswegen unzutreffend, weil die Anhörung des Betriebsrates eine Ermittlungsfunktion bezüglich des Kündigungssachverhaltes besitzt[3] und diese Erkenntnisquelle daher erst ausgeschöpft werden muß, bevor überhaupt gekündigt werden kann (vgl. § 626 Abs. 1 BGB: "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles").

Fraglich ist allerdings noch, wie lange sich der Arbeitgeber mit der Anhörung des Betriebsrates Zeit lassen kann.
Das Gesetz schweigt. Für die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers geht das Bundesarbeitsgericht[4] davon aus, daß die Frist im allgemeinen nicht länger als eine Woche sein dürfe. Im Falle des § 103 BetrVG wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß der Arbeitgeber spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Entlassungsgrundes den Antrag auf Zustimmungserteilung beim Betriebsrat stellen und spätestens zwei Wochen nach der Ent-

---

1) Die hier wiedergegebenen Rechtsgrundsätze sind zwar vom BAG für die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers entwickelt worden; es ist aber - wie bereits gesagt - kein Grund ersichtlich, weshalb sie nicht auch für die Anhörung des Betriebsrates, die für den Arbeitgeber Pflicht ist, gelten sollen.

2) G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256

3) So ebenfalls G. Küchenhoff, wie vorstehende Fußn.

4) BAG, DB 1972, 2119, 2120; BAG, DB 1973, 1258, 1259

scheidung des Betriebsrates die Kündigung aussprechen oder Klage nach § 103 Abs. 2 BetrVG erheben müsse.[1)]

Der vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Grundsatz zur Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers läßt sich nicht auf die Anhörung des Betriebsrates übertragen. Bei der Anhörung des Arbeitnehmers tritt die Kündigungsabsicht noch nicht zu Tage. Durch die Gelegenheit zur Stellungnahme wird der rechtsstaatliche Grundsatz des rechtlichen Gehörs verwirklicht.[2)] Eine - auch nur vorläufige - Entscheidung zu kündigen, ist noch nicht erkennbar getroffen. Bei Anhörung des Betriebsrates kann dies jedoch nicht mehr gesagt werden. Hier zeigt sich bereits ein, wenn auch im Hinblick auf die Anhörung des Betriebsrates möglicherweise noch nicht abschließend gebildeter Kündigungswille des Arbeitgebers.[3)] Dieser Umstand könnte es rechtfertigen, jedenfalls grundsätzlich die volle Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB als Überlegungszeitraum zur Anwendung zu bringen. Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, daß es eben noch nicht um die Kündigung selbst geht, sondern vielmehr um eine "Vorbereitungs"handlung für eine mögliche Kündigung. Eine Änderung der Gesichtspunkte aufgrund der Anhörung des Betriebsrates ist noch möglich. Die Einschaltung des Betriebsrates dient

---

1) Lepke, BB 1973, 894, 898; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 1. Aufl., Frankfurt am Main, 1972, S. 94 (in der 2. Aufl., 1973, wird diese Ansicht nicht mehr vertreten, vgl. S. 97). Vgl. auch Gamillscheg, Nr. 386, S. 423: Verständigung des Betriebsrates innerhalb von zwei Wochen; nach Zustimmung unverzüglich Kündigungsausspruch.
Diese Ansicht ausdrücklich ablehnend: Etzel, DB 1973, 1017, 1021

2) Vgl. BAG, DB 1972, 2119, 2120

3) Vgl. auch ArbG Bochum, DB 1973, 2099, 2100

der Kontrolle des Arbeitgebers. Damit ist die Gelegenheit zu einer Korrektur des Bildes gegeben, das der Arbeitgeber von dem Kündigungssachverhalt vor der Anhörung des Betriebsrates hatte, und infolgedessen auch ein Absehen von der Kündigung denkbar.

Erst recht wäre es nicht angebracht, dem Arbeitgeber für eine bloße "Vorbereitungs"handlung eine längere Frist einzuräumen als die Zwei-Wochen-Frist, die er für den Ausspruch der Kündigung selbst besitzt.

Man wird daher sagen müssen, daß die Anrufung des Betriebsrates grundsätzlich unverzüglich[1] nach Kenntnis der Kündigungsgründe - die Überlegungsfrist ist also regelmäßig kürzer als zwei Wochen -, in Ausnahmefällen spätestens innerhalb von zwei Wochen erfolgen muß.

2) § 626 Abs. 2 BGB und § 103 BetrVG

Was über den Beginn der Ausschlußfrist bei Anhörung des Betriebsrates im Falle einer außerordentlichen Kündigung von Arbeitnehmern, die nicht unter § 103 BetrVG fallen, gesagt wurde, könnte entsprechend auch für die in § 103 BetrVG aufgeführten Funktionsträger (Betriebsratsmitglieder usw.) gelten, deren außerordentliche Kündigung der Zustimmung des Betriebsrates bedarf.

a) Voraussetzung ist, daß § 626 Abs. 2 BGB im Rahmen des durch § 123 Ziff. 3 BetrVG neugefaßten § 15 KSchG Anwendung findet. Diese Frage ist umstrit-

---

1) Bzgl. der gleichen Problematik bei § 15 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG vgl. S. 58, insbes. Fußn. 1

ten.[1] Sie ist zu bejahen. In der Rechtsprechung wird sie vom Arbeitsgericht Offenbach,[2] im Schrifttum von Etzel,[3] Meisel,[4] Schmidt[5] und Stahlhacke[6] verneint.

Die genannten Autoren[7] wenden ein, daß in § 15 KSchG n.F. nicht mehr wie vorher[8] auf § 626 BGB verwiesen werde. Nach § 15 KSchG n.F. sei nicht mehr das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB erfor-

---

1) Die Anwendbarkeit des § 626 Abs. 2 BGB bejahen: ArbG Bochum, DB 1973, 2099; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 20; Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 17; Erdmann-Jürging-Kammann, § 103 Rdn. 9; Fitting-Auffarth, § 103 Rdn. 13 und 15; Gamillscheg, Nr. 386, S. 422; Hanau/Adomeit, 1. Aufl., S. 94 (in der 2. Aufl. wird diese Frage nicht mehr berührt, vgl. S. 97); G. Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; ders., Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256; Lepke, BB 1973, 894, 898; Maus, KSchG, § 15 Rdn. 13b; Rohlfing/Rewolle, § 15 Anm. 7, S. 145; wohl auch Maurer, BB 1972, 971

2) ArbG Offenbach v. 18.4.1973 - 1 BV 1/73 - in AuR 1973, 285

3) Etzel, BlStSozArbR 1972, 86, 87; ders., DB 1973, 1017, 1020 ff

4) Meisel, S. 206

5) Schmidt, RdA 1973, 294, 295 f

6) Stahlhacke, Rdn. 269

7) Etzel, BlStSozArbR 1972, 86, 87; ders., DB 1973, 1017, 1021; Meisel, S. 206; Schmidt, RdA 1973, 294, 295; Stahlhacke, Rdn. 269

8) § 15 Abs. 1 KSchG a.F. lautete: "Die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ist unzulässig, es sei denn, daß ein wichtiger Grund vorliegt, der den Arbeitgeber nach § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Kündigung berechtigt."
Demgegenüber heißt es in § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG n.F.: "Die Kündigung eines Mitgliedes eines Betriebsrates... ist unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen..."

derlich. Verlangt würden nur noch Tatsachen zur Kündigung aus wichtigem Grunde. Durch diese Gesetzesänderung sei daher die außerordentliche Kündigung von den Voraussetzungen des § 626 Abs. 2 BGB gelöst worden.[1)]

Weder die Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG[2)] noch der Schriftliche Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung,[3)] noch dessen Sitzungsprotokolle und auch nicht die Protokolle über die Öffentliche Informationssitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung[4)] oder die stenographischen Berichte der Verhandlungen des 6. Deutschen Bundestages über den Entwurf des BetrVG[5)] geben Auskunft über die Gründe für die hier interessierende textliche Änderung.[6)]

Die Streichung des Hinweises auf § 626 BGB war deswegen geboten, weil der besondere Kündigungsschutz auch auf Mitglieder der Bordvertretung und des Seebetriebsrates sowie des Wahlvorstandes und die Wahlbewerber für diese Organe ausgedehnt wurde. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung gegenüber Besatzungsmitgliedern eines Schiffes richtet sich

---

1) Etzel, DB 1973, 1017, 1022; vgl. auch ders., RlStSozArbR 1972, 86, 87; siehe außerdem Schmidt, RdA 1973, 294, 295

2) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 59 f

3) AusschBer., zu BT-Drucksache VI/2729, S. 36

4) 6. Wahlperiode, Protokolle Nr. 45 und 46, S. 139

5) Stenographische Berichte der Verhandlungen des 6. Deutschen Bundestages, 101. Sitzung v. 11.2. 1971, 5803 C und 150. Sitzung v. 10.11.1971, 8586 D

6) Vgl. auch ArbG Bochum, DB 1973, 2099, 2100; Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 17

nämlich nicht nach § 626 BGB, sondern ausnahmsweise nach §§ 64, 65 und 66 Seemannsgesetz.[1]

Etzel,[2] Schmidt[3] und Stahlhacke[4] räumen ferner ausdrücklich ein, daß trotz der Neufassung des § 15 KSchG für die außerordentliche Kündigung der durch § 103 BetrVG geschützten Personen auch weiterhin § 626 Abs. 1 BGB gilt. Dann muß aber ebenso § 626 Abs. 2 BGB Anwendung finden. Der Arbeitgeber hat, will er sich über eine außerordentliche Kündigung schlüssig werden, nicht nur die für, sondern auch die gegen eine Kündigung sprechenden Tatsachen zu

---

1) Dietz-Richardi, Anhang zu § 103 Rdn. 6. A.A. Schmidt, RdA 1973, 294, 295: Eine Bezugnahme auf § 626 BGB sei unterblieben, weil infolge Fehlens einer Frist für die Zustimmung die Ausübung des Kündigungsrechtes unmöglich wäre, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung nicht innerhalb der zwei Wochen erteilen würde. Um dem zu entgehen, sei § 626 Abs. 2 BGB fallen gelassen worden. Diese Begründung ist jedoch dann hinfällig, wenn die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst mit Erteilung der Zustimmung zu laufen beginnt. Da die Untersuchung unter diesem Gesichtspunkt erfolgt, wäre es eine petitio principii, angesichts der zwingenden Erklärung der Gesetzesänderung durch Dietz-Richardi die nur unter der stillschweigend gemachten Voraussetzung, daß die Frist des § 626 Abs. 2 BGB bereits vor Erteilung der Zustimmung beginnt, ebenfalls schlüssige Begründung zu akzeptieren. Vgl. zur Frage der Frist für die Zustimmung nach § 103 BetrVG S. 54 Fußn. 2. Vgl. ferner die abweichenden Erklärungsversuche von Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 20 und Maurer, BB 1972, 971.

2) Etzel, DB 1973, 1017, 1022; ders., BlStSozArbR 1972, 86, 87

3) Schmidt, RdA 1973, 294, 295 f

4) Stahlhacke, Rdn. 269

berücksichtigen. Das Bundesarbeitsgericht[1] hat das zur Auslegung des Begriffes "der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen" in § 626 Abs. 2 BGB festgestellt. Das Gericht hat diese Aussage zwar im Hinblick auf Absatz 2 getroffen. Deren Bedeutung ist jedoch nicht auf diese Bestimmung beschränkt. Es handelt sich vielmehr um einen allgemeinen Grundsatz, der bei jeder Kündigung zu beachten ist. Nach § 626 Abs. 1 BGB hat der Kündigungsberechtigte die Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zu treffen. Folglich muß auch die Versäumung der Frist des Absatzes 2 als eine schon im Rahmen des Satzes 1 zu berücksichtigende Tatsache gewertet werden. Der Fristablauf führt nämlich - was auch von Etzel[2][3] zu Recht hervorgehoben wird - zum Wegfall des wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB.[4]
Aus diesem Grunde können daher auch nicht die von Schmidt[5] gegen eine Anwendung des § 626 Abs. 2 BGB erhobenen systematischen Bedenken geteilt werden, wenn er meint, daß die Übernahme einer Ausschlußfrist, die einen Ausnahmetatbestand darstelle, aus einer anderen gesetzlichen Bestimmung, zudem noch aus einem anderen Gesetz (BGB), ohne ausdrückliche Verweisung nicht möglich sei.

Außerdem ergibt sich aus den Materialien[6] zu § 626 BGB, daß bei Geltung des § 626 Abs. 1 BGB immer auch dessen Abs. 2 Anwendung finden soll.

---

1) BAG, DB 1972, 2119; BAG, DB 1973, 1258, 1259

2) Etzel, DB 1973, 1017, 1022

3) Vgl. ferner BAG, DB 1972, 2119

4) Ebenso ArbG Bochum, DB 1973, 2099, 2100. Auch Lepke, BB 1973, 894, 898 "erscheint es inkonsequent, zwar § 626 Abs. 1, nicht jedoch dessen Absatz 2 anwenden zu wollen."

5) Schmidt, RdA 1973, 294, 295

6) Zu den Materialien bzgl. § 626 Abs. 2 BGB n.F. siehe auch Brill, AuR 1971, S. 167 f

Diese Vorschrift wurde durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969[1] neu gefaßt. In der Begründung der Bundesregierung[2] zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bereinigung arbeitsrechtlicher Vorschriften heißt es u.a.: "Absatz 2 Satz 1 verallgemeinert den in § 123 Abs. 2 und § 124 Abs. 2 GewO enthaltenen Rechtsgedanken. Der Kündigende soll die Kündigung innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist aussprechen müssen, will er nicht das anläßlich des konkreten Einzelfalles bestehende Kündigungsrecht verlieren." Dies zeigt, daß ein einheitlicher Verwirkungstatbestand für alle Arbeitsverhältnisse geschaffen werden sollte, um die bestehende Zersplitterung in eine teils gesetzliche Regelung der Verwirkung, teils kasuistische Fallösung anhand des allgemeinen Verwirkungstatbestandes zu beseitigen. Besonders deutlich wird diese Zielsetzung des Gesetzgebers, wenn - was bei der gleichzeitig und insgesamt erfolgten Neuregelung des § 626 BGB nicht nur geschehen kann, sondern auch muß - noch die Materialien zu § 626 Abs. 1 BGB herangezogen werden. Hierzu heißt es u.a. in der Begründung:[3] "Die Neufassung des § 626 Abs. 1 BGB bringt eine für alle Dienstverhältnisse, d.h. für Arbeitsverhältnisse und selbständige Dienstverhältnisse, geltende Vereinheitlichung der bisherigen Vorschriften über die außerordentliche Kündigung im Sinne einer Generalklausel des wichtigen Grundes."
Auch der historische Werdegang der Neufassung des § 626 Abs. 2 BGB im Gesetzgebungsverfahren spricht für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei einer außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern. Im Regierungsentwurf[4] hieß es ursprünglich:

---

1) BGBl. I S. 1106
2) BT-Drucksache V/3913, S. 11
3) BT-Drucksache V/3913, S. 11
4) BT-Drucksache V/3913, S. 4

"Die Kündigung nach Absatz 1 muß innerhalb von zwei Wochen erfolgen,....." Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf Absatz 1 war klargestellt, daß ein untrennbarer Zusammenhang zwischen Absatz 1 und 2 insofern gewollt war, als bei Geltung des Absatzes 1 auch der Absatz 2 Anwendung finden sollte. Dieser Teil des Entwurfs ist zwar nicht dem Wortlaut nach Gesetz geworden. Daß aber gleichwohl eine einheitliche Handhabung des § 626 BGB erfolgen sollte, ergibt sich aus folgendem Sachverhalt im Gesetzgebungsverfahren. Zur "Klarstellung des Gewollten" schlug der Bundesrat[1] bezüglich § 626 Abs. 2 S. 1 BGB eine Änderung vor, die jedoch nicht im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage stand. Der daraufhin von der Bundesregierung[2] gemachte Gegenvorschlag zur Neufassung des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB stimmte bereits im wesentlichen mit der gesetzlichen Regelung überein. Der Ausschuß für Arbeit faßte die Abweichung[3] der vom Ausschuß vorgeschlagenen und dann auch Gesetz gewordenen Fassung des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB von der des Regierungsentwurfs in den Worten zusammen: "Die zu § 626 Abs. 2 BGB vorgeschlagene neue Fassung (gemeint ist die des Ausschusses - d.Verf.) enthält gegenüber dem Regierungsentwurf keine sachliche Änderung; sie stellt lediglich eine redaktionelle Anpassung an den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches dar."[4] Daraus ergibt sich ebenfalls klar, daß zwischen § 626 Absatz 1 und 2 ein untrennbarer Zusammenhang hinsichtlich der Handhabung dieser Vorschrift besteht.

---

1) Siehe Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache V/3913, Anlage 2, S. 14

2) Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, BT-Drucksache V/3913, Anlage 3, S. 16

3) Siehe BT-Drucksache V/4376, S. 11

4) BT-Drucksache V/4376, S. 3

Wenn der Gesetzgeber für § 15 KSchG eine von § 626 Abs. 2 S. 1 BGB abweichende Regelung gewünscht haben sollte, so hätte er dies eindeutig zum Ausdruck bringen müssen, etwa durch Einfügung einer besonderen Vorschrift im Rahmen des § 15 KSchG in dem Sinne: "§ 626 Abs. 2 S. 1 BGB findet keine Anwendung."

b) Etzel[1] führt sodann - im Rahmen einer Untersuchung über die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 626 Abs. 2 BGB - weiter aus, die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist sei nur vertretbar, wenn das Arbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrates auch noch n a c h Ausspruch der Kündigung ersetzen könnte,[2] was von Etzel ebenfalls - hier allerdings zu Recht[3] - abgelehnt wird. In den Fällen, in denen der Betriebsrat die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung verweigert, sei die rechtskräftige Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht innerhalb von zwei Wochen nicht mög-

---

1) Etzel, DB 1973, 1017,1021; vgl. auch ders., BlStSozArbR 1972, 86, 87

2) Entsprechend verfährt Richardi. Vgl. Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 17; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 36

3) Etzel, DB 1973, 1017, 1021.
Die Zulässigkeit einer nachträglichen Zustimmung wird nur vom LAG Düsseldorf, DB 1973, 1606 und Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 36 sowie Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 16/17 bejaht.
Die ganz herrschende Meinung lehnt jedoch die Möglichkeit einer nachträglichen Zustimmung ab. Siehe die Nachweise bei Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 16 und außerdem ArbG Berlin, DB 1972, 2164 mwN. sowie LAG Düsseldorf, BB 1973, 1029.
Vgl. ferner schon G. Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist.

lich.[1] Das ist sicher zum mindesten im allgemeinen zutreffend. Die aufgeworfene Rechtsfrage taucht jedoch erst gar nicht auf, wenn man den Beginn der Ausschlußfrist mit der Zustimmung des Betriebsrates bzw. dem Eintritt der Rechtskraft des die Zustimmung ersetzenden arbeitsgerichtlichen Urteils einsetzen läßt.

Letzterer Gedanke wird auch von Etzel[2] aufgegriffen. Er geht aber in diesem Zusammenhang auf § 626 Abs. 2 BGB nicht näher ein, sondern läßt es bei der Ansicht bewenden, diese Auslegung entferne sich weit vom Wortlaut des § 626 Abs. 2 BGB, "der den Fristbeginn an die Kenntnis des Arbeitgebers von den Kündigungsgründen knüpft".[3] Damit wird jedoch die bereits beschriebene Tragweite der "Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen" im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB für den Beginn der Ausschlußfrist außer Betracht gelassen.[4] Daß es sich bei § 103 BetrVG nicht um ein Anhörungs-, sondern um ein Zustimmungsverfahren handelt, erlaubt im Ergebnis keine andere Betrachtungsweise. Was über die Bedeutung des Anhörungsverfahrens für den Beginn der Ausschlußfrist gesagt wurde, gilt grundsätzlich auch für das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG.[5] Durch die Einräumung eines echten Mitbestimmungsrechtes für den Betriebsrat ändert sich an der Möglichkeit der Einflußnahme auf das Bild des Arbeitgebers vom Kündigungssachverhalt nichts, was eine ab-

---

1) Vgl. u.a. auch Stahlhacke, Rdn. 269

2) Vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1021

3) Etzel, DB 1973, 1017, 1021; vgl. auch Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 17

4) Das gleiche gilt für Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 17

5) Siehe ferner G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256

weichende Beurteilung rechtfertigen könnte. Die Verstärkung der Beteiligung des Betriebsrates vom Mitwirkungsrecht zum echten Mitbestimmungsrecht dient dem Schutz der unter § 103 BetrVG fallenden Personen vor willkürlichen außerordentlichen Kündigungen.[1] Das Mitbestimmungsrecht selbst umfaßt das Recht auf Anhörung.[2] Das Gewicht der Entscheidung des Betriebsrates hat sich allerdings erheblich verstärkt. Ohne die Zustimmung des Betriebsrates ist die Kündigung unwirksam. Das ist jedoch kein Grund, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB bereits vor der erteilten Zustimmung beginnen zu lassen. Erst durch einen zustimmenden Beschluß erhält der kündigungswillige Arbeitgeber die dem Zweck des § 103 BetrVG entsprechende Abrundung des Gesamtbildes. Bestätigt wird dies dadurch, daß nach § 15 KSchG nur eine vorherige Zustimmung in Betracht kommt. Es wäre wenig sinnvoll, die zweiwöchige Ausschlußfrist, die eine Überlegungsfrist ist, in Gang zu setzen, ohne daß der Kündigende weiß, ob seine Kündigung überhaupt unter dem Aspekt der Beteiligung des Betriebsrates wirksam sein wird.

Etzel[3] wendet dann noch - allerdings im Rahmen einer Erörterung, ob der Rechtsgedanke des § 4 S. 4 KSchG herangezogen werden könne - gegen die Möglichkeit eines Aufschubs des Fristbeginns ein, daß dadurch der Zweck des § 626 Abs. 2 BGB nicht erreicht würde. Es heißt dort: "§ 626 Abs. 2 BGB will Rechtsklarheit schaffen und erreichen, daß ein Kündigungsberechtigter innerhalb einer bestimmten Frist nach Erlangung der Kenntnis von den Kündigungsgründen die für die Kündigung erforderlichen Maßnahmen ergreift und die

---

1) Vgl. Fitting-Auffarth, § 103 Rdn. 1

2) Vgl. Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 108

3) Etzel, DB 1973, 1017, 1021

Kündigung ausspricht. Besteht eine Frist für den Ausspruch der Kündigung nach der Zustimmung durch den Betriebsrat oder ein Gericht, so ist damit immer noch nicht verhindert, daß der Arbeitgeber, der von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat, längere Zeit verstreichen läßt, ehe er die Zustimmung beim Betriebsrat oder notfalls beim Arbeitsgericht beantragt. Die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 4 Satz 4 KSchG gewährleistet also nicht, daß der Arbeitgeber, der von den Tatsachen, die zur Kündigung berechtigen, Kenntnis erlangt hat, innerhalb bestimmter Fristen die zur Kündigung erforderlichen Maßnahmen ergreift."[1] Dagegen ist zunächst einmal zu sagen, daß - wie bereits dargelegt - § 626 Abs. 2 BGB eben nicht Rechtsklarheit um jeden Preis will.[2] Ferner fordert - wie ebenfalls schon früher

---

1) Etzel, DB 1973, 1017, 1021

2) Es spielt daher auch keine Rolle, ob § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG im Rahmen des § 103 BetrVG Anwendung findet oder nicht. Diese Frage ist im übrigen sehr umstritten.
Dafür: Brecht, § 103 Rdn. 4; Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 9; Kitzelmann, BUV 1972, S. 212 Fußn. 15; Meisel, S. 202 f; Galperin, S. 55 will dem Arbeitgeber, wenn die Zustimmung länger als drei Tage verzögert wird, ein Vorgehen nach § 103 Abs. 2 BetrVG gestatten.
Der Gegenansicht zuneigend oder sie bejahend: Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 20; Fitting-Auffarth, § 103 Rdn. 12 und 14; G. Küchenhoff, Anm. zu Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, der mit dem Institut des Rechtsmißbrauchs bei Säumnis des Betriebsrates helfen will; ders., Anm. in BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8.1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 248, 253, 256 (hier wird dem Betriebsrat wie dem Arbeitgeber eine Überlegungs- und Entscheidungsfrist von zwei Wochen zugebilligt); Lepke, BB 1973, 894, 898; Marienhagen, BB 1971, 1009, 1014; Maus, KSchG, § 15 Rdn. 13b; Schmidt, RdA 1973, 294, 295, insbes. S. 297.
Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es jedoch auf diesen ganzen strittigen Fragenkreis nicht an.

erwähnt - § 626 Abs. 2 BGB selbst gerade nicht, daß auch die zur Kündigung erforderlichen Maßnahmen, hier also die Beantragung der Zustimmung des Betriebsrates bzw. ihrer Ersetzung durch das Gericht, "innerhalb einer bestimmten Frist" ergriffen werden müssen.

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, daß die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei einer außerordentlichen Kündigung von Funktionsträgern im Sinne des § 103 BetrVG erst mit der Erteilung der Zustimmung durch den Betriebsrat oder ihrer Ersetzung durch das Arbeitsgericht beginnt.[1)2)3)]

---

1) Im Ergebnis ebenso G. Küchenhoff, Anm. zu BAG v. 6.7.1972 - 2 AZR 386/71 - und BAG v. 17.8. 1972 - 2 AZR 359/71 - in AuR 1973, 258, 253, 256.
Auch Fitting-Auffarth - und ihnen folgend Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 20 - lassen die Frist des § 626 Abs. 2 BGB erst mit der Zustimmung des Betriebsrates bzw. der Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht beginnen (Fitting-Auffarth, § 103 Rdn. 13 bzw. 15). Dieses Ergebnis wird allerdings aus einer analogen Anwendung des § 4 S. 4 KSchG gewonnen. Lepke, BB 1973, 894, 898 irrt zwar, wenn er meint, Fitting-Auffarth würden eine direkte Übertragung dieser Vorschrift befürworten. Er weist jedoch zutreffend darauf hin, daß auch diese Norm deutlich macht, "daß in den Fällen der Zustimmung eines Dritten zur Wirksamkeit einer Kündigung der Entschließungszeitraum des Betroffenen nicht verkürzt werden soll."

Ferner wird die Ansicht vertreten, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zweimal, u.U. sogar dreimal laufen zu lassen. Der Arbeitgeber müsse spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Entlassungsgrundes den Antrag auf Zustimmungserteilung und spätestens zwei Wochen nach der Entscheidung des Betriebsrates

---

die Kündigung aussprechen oder Klage nach § 103 BetrVG erheben.
Vgl. Lepke, BB 1973, 894, 898; Hanau/Adomeit, 1. Aufl., S. 94 (in der 2. Aufl. wird diese Ansicht nicht mehr vertreten, vgl. S. 97).

2) Im Ergebnis a.A.: Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 17 (Möglichkeit nachträglicher Zustimmung); Erdmann-Jürging-Kammann, § 103 Anm. 9, die allerdings mit einer Unterbrechung der Frist im Falle des § 103 Abs. 2 BetrVG helfen wollen (ab Antragstellung beim Arbeitsgericht); Gamillscheg, Nr. 386, S. 423; G. Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; Maus, KSchG, § 15 Rdn. 13b (Maus verlangt auch noch, daß der Arbeitgeber innerhalb der Zwei-Wochen-Frist bei einem zustimmenden Beschluß kündigt. Er räumt dem Arbeitgeber allerdings die Möglichkeit einer Fristsetzung für die Beschlußfassung des Betriebsrates ein.); Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 36

3) Das gleiche gilt im übrigen, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 6 BetrVG vereinbart haben, außerordentliche Kündigungen von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig zu machen. Vgl. auch Meisel, S. 193; ferner Bürger/Oehmann/Stübing, Stichwort: Kündigung, S. 13. A.A. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 130

Was den Zeitraum angeht, innerhalb dessen sich der Arbeitgeber entscheiden muß, ob er die Zustimmung zur Kündigung beantragen soll, so gilt ebenfalls das bereits Gesagte. Dies hat unverzüglich,[1] spätestens jedoch innerhalb von zwei Wochen zu geschehen.[2] Eine starre Übernahme der Zwei-Wochen-Frist[3] läßt sich nicht rechtfertigen, weil es noch nicht um den Ausspruch der Kündigung geht, sondern vielmehr um eine die - mögliche - Kündigung erst "vorbereitende" Maßnahme.

---

1) So auch schon - allerdings ohne Begrenzung durch eine formalisierte Fristbestimmung - das RAG für die ähnlich gelagerte Problematik nach §§ 96, 97 BRG; vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1022 Fußn. 36 mwN. Etzel verfährt im übrigen dann auch in entsprechender Weise bei seiner Lösung.

2) Auch Fitting-Auffarth, § 103 Rdn. 12 verlangen eine alsbaldige Beantragung der Zustimmung

3) So aber: ArbG Bochum, DB 1973, 2099, 2100; Gamillscheg, Nr. 386, S. 423; Hanau/Adomeit, 1. Aufl., S. 94 (in der 2. Aufl. wird diese Ansicht nicht mehr vertreten, vgl. S. 97); Lepke, BB 1973, 894, 898; ablehnend: Etzel, DB 1973, 1017, 1021

6. Das Nachschieben von Kündigungsgründen unter dem Blickwinkel des Anhörungsrechtes des Betriebsrates.

1) Vor dem Inkrafttreten des BetrVG war es nach h.M. zulässig, Kündigungsgründe, die vor Ausspruch einer Kündigung entstanden, aber nicht zu deren Begründung angeführt worden waren, auch noch nachträglich im Prozeß geltendzumachen.[1] Diese Ansicht wurde sowohl zur ordentlichen[2] als auch zur außerordentlichen[3] Kündigung vertreten.

Es stellt sich die Frage, ob durch § 102 Abs. 1 BetrVG[4] eine Änderung eingetreten ist, die zur Aufgabe dieser Rechtsmeinung für Betriebe zwingt, in denen ein Betriebsrat besteht. Dies wird von einem Teil der

---

1) Vgl. z.B. Hueck, KSchG, 7. Aufl., § 1 Rdn. 90 mwN.

2) Vgl. z.B. BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 55 zu § 1 KSchG

3) Vgl. z.B. BAG AP Nr. 50 zu § 626 BGB

4) Es geht im folgenden nicht darum, ob die Voraussetzung der h.M., die Angabe von Kündigungsgründen bei Ausspruch der Kündigung gehöre nicht zu deren Wirksamkeitsvoraussetzung (vgl. Nikisch, I. Band, S. 695), zutreffend ist. Davon wird hier ausgegangen. Bestätigt wird dies im übrigen auch durch § 626 Abs. 2 S. 3 BGB sowie durch § 1 Abs. 3 S. 1, 2. Halbs. KSchG (vgl. Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 90).

Literatur verneint.[1)2)] Insbesondere wird auch eine erneute Anhörung des Betriebsrates abgelehnt.[3)]

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Durch § 102 Abs. 1 BetrVG ist eine neue Rechtslage geschaffen worden, die es verbietet, Kündigungsgründe, zu denen der Betriebsrat vor der Kündigung nicht gehört wurde, der bereits ausgesprochenen Kündigung nachzuschieben.[4)] Insoweit liegt nämlich keine ordnungsgemäße Anhörung vor.[5)]

2) Die Anhörung ist nunmehr Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Zweck der Anhörung ist - wie bereits schon mehrfach betont -, dem Betriebsrat die Mög-

---

1) Bleistein, Rdn. 203; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Meisel, DB 1972, 1627, 1628; ders., S. 139; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58); ders., Rdn. 11 Fußn. 8, 34c und Rdn. 71a

2) Von der Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen auch unter der Geltung des BetrVG gehen ferner aus, ohne allerdings auf die hier behandelte Problematik einzugehen:
Ohne Einschränkung: Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 90; Schaub, § 123 V 4, S. 476 und § 125 IV 3, S. 489.
Mit der Einschränkung, daß die Gründe noch nicht bekannt sind: Auffarth, S. 71, 74; Bürger/Oehmann/Stübing, Stichwort: Außerordentliche Kündigung, S. 2; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 9; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 55.
Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 206, befürworten einen Ausschluß des Nachschiebens von Kündigungsgründen insoweit, als die nachgeschobenen Gründe dem Arbeitgeber schon vor Ausspruch der Kündigung bekannt oder doch erkennbar waren.
Siehe auch Hanau, BB 1972, 451, 453 Fußn. 19

3) Bleistein, Rdn. 202, 203; Stahlhacke, Rdn. 34c

4) Vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1020; vgl. auch Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490

5) A.A. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 55

lichkeit zu eröffnen, die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auf ihre "Rechtfertigung" hin zu untersuchen. Gegebenenfalls hat er Bedenken gegen die Kündigung geltend zu machen, um den Arbeitgeber zu einer Überprüfung seiner Kündigungsabsicht und u.U. zur Abstandnahme von der Kündigung zu veranlassen. Eine diesem Zweck entsprechende Stellungnahme kann der Betriebsrat jedoch nur abgeben, wenn der Arbeitgeber alle Gründe mitteilt, die nach seiner Ansicht zur Rechtfertigung der noch auszusprechenden Kündigung in Betracht kommen und nicht gerade diejenigen im Anhörungsverfahren unerwähnt bleiben, die dann möglicherweise die Kündigung tragen sollen oder auch nur hilfsweise oder alternativ eingeführt werden (vgl. auch § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Die Mitteilung der Gründe ist daher essentieller Bestandteil des Anhörungsrechtes des Betriebsrates.[1] Würde man ein Nachschieben von Kündigungsgründen ohne erneute Anhörung des Betriebsrates zulassen, so hätte der Betriebsrat keine Gelegenheit besessen, zu diesen nunmehr ebenfalls zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogenen Gründen Stellung zu nehmen und gegebenenfalls Bedenken geltend zu machen. Er hätte somit keine Möglichkeit, u.U. darauf hinzuwirken, daß der Arbeitgeber, der sieht, daß die bisher vorgetragenen Gründe nicht ausreichen, auch vom Nachschieben weiterer Gründe, und damit möglicherweise doch noch von der Kündigung, absieht. Es ist daher mit dem Zweck des § 102 Abs. 1 BetrVG - der nochmaligen Überprüfung der Kündigungsabsicht durch den Arbeitgeber auf Grund der Stellungnahme des Betriebsrates - unvereinbar, wenn der Arbeit-

---

1) Vgl. auch ArbG Minden, DB 1973, 2251, 2252

geber Kündigungsgründe ohne - erneute - Anhörung des Betriebsrates nachschieben könnte.[1)2)3)]

3) Demgegenüber wird geltend gemacht, diese Ansicht verkenne, daß es nicht der Sinn der vorherigen Anhörung des Betriebsrates sei, durch diesen eine detaillierte Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung vornehmen zu lassen. Die Entscheidung über die soziale Rechtfertigung einer Kündigung werde allein von den Arbeitsgerichten im Kündigungsschutzprozeß getroffen, wobei das Votum des Betriebsrates rechtlich ohne Bedeutung sei, mag es faktisch auch

---

1) So zutreffend Etzel, DB 1973, 1017, 1020; auch Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490; vgl. ferner Neumann-Duesberg, S. 538 Fußn. 80, 543, der bereits für das BetrVG 1952 dieser Ansicht war.

2) Im Ergebnis ebenso: Hanau, BB 1972, 451, 453 Fußn. 19; Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 206; Maus, KSchG, § 1 Rdn. 151a

3) Stahlhacke, Rdn. 34c, der dies ablehnt, meint ohne nähere Begründung, es könne nicht angenommen werden, § 102 Abs. 1 BetrVG habe den Sinn, daß der Arbeitgeber im Prozeß nur solche Kündigungsgründe verwerten darf, zu denen sich der Betriebsrat hat äußern können. An anderer Stelle, Rdn. 11 Fußn. 8, vertritt er die Ansicht, § 102 Abs. 1 BetrVG verpflichte den Arbeitgeber, nur zum Zwecke der Anhörung des Betriebsrates die Gründe der Kündigung anzugeben. Das Nachschieben von Gründen werde dadurch nicht ausgeschlossen. Das ist aber gerade die Frage, da die Anhörung Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung ist und wesentlicher Bestandteil der Anhörung eben die Mitteilung der Gründe für die Kündigung ist. Im übrigen weist Stahlhacke, Rdn. 34c zur Stütze seiner Auffassung lediglich noch auf eine Prozeßhäufung als Folge einer wiederholten Kündigung hin.

eine gewisse Bedeutung haben.[1)2)] Sicher trifft es zu, daß eine abschließende und verbindliche Beurteilung nur durch die Arbeitsgerichte erfolgen kann. Aber nicht nur den Arbeitsgerichten steht es zu, eine Kündigung zu überprüfen. Ebenso ist der Betriebsrat im Anhörungsverfahren berechtigt, u.a. - wenn auch nicht abschließend und verbindlich - die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu untersuchen. Würde man es anders sehen, wäre dem Betriebsrat die Möglichkeit genommen, u.U. gerade dort anzusetzen, wo er

---

1) Meisel, DB 1972, 1027, 1028 Fußn. 13; ders., S. 139 Fußn. 156

2) Auch in BAG AP Nr. 55 zu § 1 KSchG führt das BAG bei Erörterung der Frage, ob die Kündigungsgründe bereits bei Ausspruch der Kündigung mitgeteilt werden müssen, aus: "Die soziale Rechtfertigung der Kündigung aus personen- oder betriebsbedingten Gründen ist im R e c h t s s t r e i t nachzuprüfen." Auf die Bedeutung des Anhörungsverfahrens wird allerdings in dieser Entscheidung nicht eingegangen.
Demgegenüber heißt es in BAG AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952 anläßlich der Untersuchung der Frage, ob die vorherige Anhörung des Betriebsrates Wirksamkeitsvoraussetzung ist, zur Anhörung des Betriebsrates: "..., obwohl Gegenstand der Anhörung doch nur derselbe soziale Komplex dieser Kündigung im Sinne einer Betriebsbedingtheit oder Begründung aus der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers usw. sein kann, wie er im KSchG behandelt wird". An anderer Stelle in diesem Urteil wird ausgeführt: "..., weil die Benachrichtigung des Betriebsrates von der bevorstehenden Kündigung und die Mitteilung der Gründe sowie die Anhörung des Betriebsrates (§ 66 Abs. 1) sich naturnotwendig um die Gesichtspunkte drehen, die auch in dem Kündigungsschutzverfahren des KSchG die entscheidende Rolle spielen, nämlich darum, ob dringende betriebliche Erfordernisse oder Gründe in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers (§ 1 Abs.2 KSchG) oder die Tatsachen und Erwägungen des § 1 Abs. 3 KSchG einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen oder nicht. Es handelt sich somit kurz gesagt, wie bereits angedeutet, sowohl im Falle des § 66 Abs. 1 BetrVG wie im Bereich des KSchG um die gleiche Erörterung der sozialen Berechtigung oder Nichtberechtigung der Kündigung."

am ehesten in der Lage wäre, den Arbeitgeber durch seine Bedenken von einer Kündigung abzubringen. Das Anhörungsverfahren würde in erheblichem Umfange leerlaufen. Die nicht auszuschließende prozeßökonomische Wirkung der vorherigen Einschaltung des Betriebsrates, nämlich eine Kündigung letztlich zu verhindern, wäre beträchtlich gemindert.[1)]

4) Die Frage lautet daher jetzt, ob die Gründe, zu denen der Betriebsrat noch nicht gehört worden ist, aber noch gehört werden soll, für die bereits ausgesprochene Kündigung verwertet werden können oder vielmehr nur eine neu auszusprechende Kündigung zu rechtfertigen vermögen.
Die erste Möglichkeit scheidet aus, weil eine nachträgliche Anhörung, die sich auf eine bereits ausgesprochene Kündigung bezieht, nicht genügen würde. Die Mitteilung der Kündigungsgründe ist unverzichtbarer Bestandteil einer Anhörung. Die Anhörung selbst muß zwingend vor der Abgabe der Kündigungserklärung erfolgen (§ 102 Abs. 1 BetrVG), weil anderenfalls die Stellungnahme des Betriebsrates den Arbeitgeber nicht mehr zur Überprüfung seiner Kündigungsabsicht veranlassen kann, da die Kündigung schon ausgesprochen ist.[2)3)] Die nachträglich vorgebrachten Gründe können

---

1) Auf den Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie weist LAG Hamm, DB 1973, 484 im Zusammenhang mit der ähnlich gelagerten Problematik im Falle des § 103 Abs. 2 BetrVG hin.

2) Etzel, DB 1973, 1017, 1020

3) Bedenken in dieser Richtung äußert auch Hanau, BB 1972, 451, 453 Fußn. 19. Vgl. im übrigen auch Heckelmann, ZfA 1973, 425, 490.
Hanau gibt zu erwägen, das Nachschieben von Kündigungsgründen, wenn ein Betriebsrat besteht, auf Gründe zu beschränken, die der Arbeitgeber bei der Anhörung des Betriebsrates weder kannte noch kennen konnte.
Darauf, nämlich ob die Nichtanhörung des Betriebsrates auf einem Verschulden des Arbeitgebers beruht oder nicht, kommt es jedoch nach dem Zweck der Anhörung nicht an (vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1020).

daher nach Anhörung des Betriebsrates nur eine neue Kündigung stützen.[1)]

5) Die bisherigen Darlegungen gelten genauso für das Nachschieben von Kündigungsgründen bei außerordentlichen Kündigungen.
Die Überlegung des Bundesarbeitsgerichts,[2)] wer eine außerordentliche fristlose Kündigung aus einem bestimmten Grunde ausspreche, bekunde damit in aller Regel auch den unbedingten Willen, sich unter allen Umständen von seinem Vertragspartner zu trennen und bringe somit zugleich stillschweigend zum Ausdruck, diese Trennung erforderlichenfalls auch noch mit anderen schon vorhandenen Gründen zu rechtfertigen, wenn sich diese nachträglich herausstellen sollten, genügt nicht mehr. Das gleiche gilt für die Ansicht des Gerichts,[3)] daß es auf eine Verkennung des Gewichts des wichtigen Grundes, das objektiv das Arbeitsverhältnis belaste, hinauslaufe, wenn man den im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden, aber noch nicht bekannten Grund nicht zur Stützung des Kündigungsausspruchs anführen dürfte. Das bloße Vorliegen eines wichtigen Grundes, der (noch) nicht Gegenstand einer Anhörung des Betriebsrates war, genügt eben nach der durch § 102 Abs. 1 BetrVG geschaffenen neuen Rechtslage nicht mehr allein zur Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung.[4)]

6) Kündigungsgründe, die nicht Gegenstand einer Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch einer Kündigung waren, können also nur noch nach seiner Anhörung im Rahmen einer erneut auszusprechenden Kündigung verwertet werden.[5)]

---

1) Vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1020
2) BAG AP Nr. 50 zu § 626 BGB
3) BAG AP Nr. 50 zu § 626 BGB
4) Vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1020
5) Vgl. Etzel, DB 1973, 1017, 1020

7) Dabei muß dann jeweils geprüft werden, ob ein Rückgriff auf die nachträglich geltend zu machenden Gründe nicht aus anderen Gesichtspunkten, wie z.B. Verwirkung, ausscheidet.
Insbesondere im Hinblick auf § 626 Abs. 2 BGB[1] wird man sagen müssen, daß Kündigungsgründe, die dem Kündigenden bereits vor Anhörung des Betriebsrates bekannt, diesem aber nicht mitgeteilt worden waren, nach Ausspruch der Kündigung nicht - auch nicht nach erneuter Anhörung des Betriebsrates - zur Rechtfertigung einer weiteren Kündigung herangezogen werden können. Die Mitteilung auch eines weiteren Kündigungsgrundes an den Betriebsrat muß unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von zwei Wochen erfolgen.[2] Für diesen Grund, der einen selbständigen Kündigungssachverhalt im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB darstellt, mögen auch hier und da einzelne Randfragen mit dem bereits durch das Anhörungsverfahren gelaufenen Grund übereinstimmen, kann nichts anderes gelten wie für den, der allein der Begründung einer Kündigung dienen würde. Die Mitteilung an den Betriebsrat wäre jedoch nicht unverzüglich, wenn der Arbeitgeber bis nach der Abgabe der Kündigungserklärung warten würde.

Fraglich kann außerdem sein, wie sich der Arbeitgeber verhalten soll, dem nach der Anhörung des Betriebsrates, aber vor Abgabe der Kündigungserklärung ein weiterer Kündigungsgrund bekannt wird.

---

1) Die Ausführungen des BAG in DB 1973, 481 = BB 1973, 1396 über die Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen - unter dem Blickwinkel des § 626 Abs. 2 S. 3 BGB - sowie über die Wahrung der zweiwöchigen Ausschlußfrist bei Nachschieben eines Kündigungsgrundes spielen hier keine Rolle. Der vom BAG zu beurteilende Sachverhalt bezog sich auf eine Kündigung vor Inkrafttreten des neuen BetrVG und außerdem auf einen leitenden Angestellten, für den § 102 BetrVG ohnehin keine Anwendung findet (§ 5 Abs. 3 BetrVG).

2) Vgl. S. 43 ff, 58

In jedem Fall muß der Arbeitgeber, will er den neuen Kündigungsgrund verwerten, den Betriebsrat unverzüglich einschalten.[1] Ferner gilt, daß die Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB für den später bekannt gewordenen Grund auch erst später zu laufen beginnt, da es sich jeweils um verschiedene Kündigungssachverhalte handelt. Wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung daher warten will, bis der Betriebsrat auch zu dem neuen Kündigungsgrund Stellung genommen hat, kann er, weil die Kündigungsfrist hinsichtlich des ersten Kündigungssachverhaltes schon läuft, insoweit möglicherweise sein Recht zur außerordentlichen Kündigung wegen Fristversäumnis verwirken.

8) Ähnlich der dargestellten Rechtslage ist hinsichtlich der Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen die nach § 103 BetrVG. Hier sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden.
Hat der Betriebsrat die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung einer durch § 103 BetrVG geschützten Person verweigert und der Arbeitgeber daraufhin Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht nach § 103 Abs. 2 BetrVG beantragt, so kann letzterer nicht, wenn er sieht, daß die bisher vorgetragenen Gründe möglicherweise keinen Erfolg versprechen, andere Gründe in dem anhängigen gerichtlichen Verfahren nachschieben, die das Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 1 BetrVG (noch) nicht durchlaufen haben.[2] Insoweit kann allerdings, da eine Kündigung noch nicht ausgesprochen ist, das

---

1) Vgl. im übrigen auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 56

2) Vgl. auch LAG Hamm, DB 1973, 484, das allerdings, jedoch nur beispielhaft, einen erst im Laufe des Verfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG entstandenen neuen Kündigungsgrund im Auge hat. Ferner ArbG Berlin, BB 1973, 1531, 1532 f.

Verfahren nach § 103 Abs. 1 BetrVG nachgeholt werden.[1)]

Hat der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung eines Funktionsträgers im Sinne des § 103 BetrVG zugestimmt, so kann der Arbeitgeber trotzdem im anschließenden Kündigungsschutzprozeß keine neuen Gründe nachschieben. Das ist dann von erheblicher Bedeutung, wenn sich der Grund, aus dem der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hat, im Prozeß nicht als tragfähig erweisen sollte. Der Betriebsrat hat zwar der Kündigung zugestimmt. Es ist aber nicht gleichgültig, welche Kündigungsgründe für seine Stellungnahme maßgebend waren. Die Darlegung der Gründe für eine Kündigung durch den Arbeitgeber ist ein wesentlicher Bestandteil der Entscheidungsgrundlage des Betriebsrates. Dieser kann seine Kontrollfunktion gegenüber dem Arbeitgeber nur dann ordnungsgemäß ausüben, wenn er jeden der für eine Kündigung herangezogenen Gründe auf seine Stichhaltigkeit hin überprüft und dann entsprechend dem Ergebnis der Würdigung der einzelnen Sachverhalte seine Entscheidung trifft. Es kann sein, daß der eine Grund verworfen, der andere aber als berechtigt angesehen und deswegen die Zustimmung erteilt wird. Diese kann demnach nicht weiter als der sie tragende Grund reichen.[2)] Sie rechtfertigt daher nicht die Annahme,

---

1) Vgl. auch ArbG Berlin, BB 1973, 1531, 1532 f

2) Erweist sich im Prozeß der Grund, aus dem der Betriebsrat zugestimmt hat, als nicht stichhaltig, könnte der Prozeß für den Arbeitgeber aber aus einem anderen Grund, zu dem der Betriebsrat gehört worden ist, den er aber verworfen hat, gewonnen werden, so ist der Klage des Arbeitnehmers nicht deswegen stattzugeben, weil keine ordnungsgemäße Zustimmung vorliegt. Hält das Arbeitsgericht den anderen Grund für gegeben, so bedeutet dessen Bejahung durch das Gericht gleichzeitig die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG aus diesem Grunde. Der Betriebsrat selbst hat seine Meinung hierzu bereits kundgetan. Anders liegt es hingegen bei den neuen Gründen. Hier ist er noch nicht einmal gehört worden.

daß der Betriebsrat auch aus den neuen Gründen der Kündigung zugestimmt hätte. Der Arbeitgeber muß folglich beim Betriebsrat nochmals die Erteilung der Zustimmung aufgrund der neuen Sachverhalte beantragen. Wird sie erteilt, muß er eine neue Kündigung aussprechen. Wird sie verweigert, gilt § 103 Abs. 2 BetrVG. Nur auf diese Weise kann im übrigen auch dem Zweck des § 103 BetrVG Rechnung getragen werden. Dieser besteht nämlich darin, zu verhindern, daß Mitglieder der Betriebsverfassungsorgane durch eine willkürliche außerordentliche Kündigung aus dem Betrieb entfernt werden.[1] Dazu ist es jedoch erforderlich, alle Gründe, die in Betracht kommen können, durch den Betriebsrat überprüfen zu lassen.

7. Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche unter dem Blickwinkel des Anhörungsrechtes des Betriebsrates

Soll eine außerordentliche Kündigung, die Gegenstand eines Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG war, in eine ordentliche umgedeutet werden (§ 140 BGB),[2] so stellt sich im Hinblick darauf, daß der Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG ebenfalls zu einer ordentlichen Kündigung gehört werden muß, die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Umdeutung.

1) Unproblematisch ist der Fall, wenn der Arbeitgeber schon bei Anhörung des Betriebsrates über die außerordentliche Kündigung ausdrücklich darauf hinweist, er werde vorsorglich auch die ordentliche Kündigung

---

1) Vgl. Dietz-Richardi, § 103 Rdn. 1

2) § 11 Abs. 2 i.d.F. vom 1o.8.1951, nach dessen Satz 1 eine unwirksame fristlose Kündigung im Zweifel nicht als Kündigung für den nächsten zulässigen Kündigungszeitpunkt galt, wurde durch Art. 1 Ziff. 9b des 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes (BGBl. I S. 1106) aufgehoben.

erklären. Hier wird der Betriebsrat gleichzeitig zur ordentlichen Kündigung gehört. Seine Rechte sind insoweit in jedem Fall gewahrt. Eine Umdeutung kann also ohne weiteres erfolgen.[1)]
Es bestehen auch keine Bedenken wegen der bei ordentlichen und außerordentlichen Kündigungen unterschiedlichen Laufzeit der Fristen für eine Stellungnahme des Betriebsrates (§ 102 Abs. 2 BetrVG). Dem Betriebsrat steht es frei, ob er seine vorsorgliche Stellungnahme zur ordentlichen Kündigung mit der zur außerordentlichen verknüpfen oder die Wochenfrist ausnutzen will. Äußert er sich bei Abgabe seiner Stellungnahme zur außerordentlichen Kündigung nicht auch zur ordentlichen, so gilt die Wochenfrist.

2) Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, wenn sich bei Anhörung des Betriebsrates zu einer außerordentlichen Kündigung eindeutig ergibt, daß der Arbeitgeber nur eine außerordentliche Kündigung aussprechen will, und der Betriebsrat daher keine Stellungnahme zu einer ordentlichen Kündigung abgibt.

Da die ordentliche Kündigung ausdrücklich ausgeklammert ist, erstreckt sich das Anhörungsverfahren nicht auf sie. Der Betriebsrat wird nicht zur ordentlichen Kündigung - auch nicht einschlußweise - gehört.

Hier sind sodann zwei mögliche Sachverhalte zu unterscheiden.
Schließt der Arbeitgeber in der Kündigung gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer ebenfalls die hilfsweise Geltendmachung einer ordentlichen Kündigung aus, so kommt eine spätere Umdeutung ohnehin nicht mehr in

---

1) Vgl. auch Bleistein, Rdn. 205; Bürger/Oehmann/Stübing, Stichwort: Anhörung des Betriebsrats bei Kündigung, S. 4; Hautmann/Schmitt, S. 189; Stahlhacke, Rdn. 74; ders., BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58)

Betracht. Die Fortgeltung der Kündigung als ordentliche ist nicht gewollt (vgl. § 140 BGB).
Der andere Sachverhalt liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber zwar dem Betriebsrat gegenüber, nicht jedoch gegenüber dem Arbeitnehmer eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen hat. In einem solchen Fall später gleichwohl eine Umdeutung ohne Anhörung zur ordentlichen Kündigung zulassen zu wollen, würde gegen Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 102 Abs.1 BetrVG verstoßen.[1] Aber auch eine nachträgliche Anhörung des Betriebsrates zum Zwecke der Umdeutung der außerordentlichen Kündigung scheidet aus, da eine vorherige Anhörung verlangt wird.[2] Es kann auch nicht gesagt werden, eine vorherige Anhörung liege vor, da die Umdeutung erst nach der Anhörung erfolge. Die Umdeutung als solche könnte zwar zeitlich der Anhörung nachfolgen. Die erneute Anhörung würde sich aber auf eine bereits abgegebene Kündigungserklärung beziehen. Die Umdeutung selbst setzt keine Erklärung des Arbeitgebers voraus, daß er sie geltend machen wolle.[3] Er muß auch im Prozeß nicht notwendig zum Ausdruck bringen, daß er die außerordentliche Kündigung für den Fall ihrer Unwirksamkeit als ordentliche gewollt habe.[4] Bei § 140 BGB handelt es sich um eine Auslegungsregel, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist.[5] Gegenstand der Umdeutung ist die einheitliche Kündigungserklärung.[6]

---

1) Vgl. auch Bleistein, Rdn. 205; Stahlhacke, Rdn. 74; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8

2) Siehe vorstehende Fußn. 1

3) Vgl. auch BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit

4) So aber Maus, KSchG, § 13 Rdn. 32

5) Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 1. Band, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959, § 140 Anm. 6

6) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit

Maßgebend ist insofern nicht der später geäußerte tatsächliche Wille, sondern der mutmaßliche Wille im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts.[1] Es kommt hier daher nur eine nach vorheriger Anhörung des Betriebsrates erneut auszusprechende - diesmal ordentliche - Kündigung in Betracht.

3) Fraglich ist, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen eine Umdeutung dann möglich ist, wenn der Arbeitgeber bei Anhörung des Betriebsrates über die außerordentliche Kündigung keine ausdrückliche Erklärung dahingehend abgegeben hat, er wolle hilfsweise die außerordentliche Kündigung auch als ordentliche gewertet wissen.

Die Meinungen über die Behandlung dieses Falles sind geteilt.
Es wird - zumindest einschlußweise - die Ansicht vertreten, eine Umdeutung sei zulässig, ohne daß eine nochmalige Anhörung für erforderlich angesehen wird.[2]
Andere treten ohne jede Einschränkung für die Unzulässigkeit einer Umdeutung ein, da keine vorhe-

---

1) Vgl. BGHZ 19, 269, 273 f; auch BGHZ 40, 218, 223 f

2) Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 207 (die in dem behandelten Fall davon ausgehen, daß der Kündigende zum Ausdruck gebracht haben muß, er wolle das Rechtsverhältnis auf jeden Fall beenden, ohne allerdings eine ausdrückliche Erklärung zu verlangen, die fristlose Kündigung solle hilfsweise als fristgemäße gelten); Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 13 Rdn. 17 (der generell davon spricht, daß eine nochmalige Anhörung im allgemeinen nicht nötig sei) und wohl auch Maus, KSchG, § 13 Rdn. 31 (ohne Einschränkung, der allerdings seinen Ausführungen an dieser Stelle noch die Rechtslage vor Inkrafttreten des BetrVG zugrunde legt).

rige Anhörung auch zur ordentlichen Kündigung vorgelegen habe.[1)]

Eine differenzierende Betrachtung dieses Problems ist von Schlochauer vorgeschlagen worden.[2)] Ihr kommt es entscheidend darauf an, "ob dem betroffenen Arbeitnehmer oder dem Betriebsrat, wenn lediglich eine Anhörung zur außerordentlichen Kündigung erfolgte, Rechte abgeschnitten würden". Diese Gefahr sieht sie nur bei dem Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 BetrVG. Sie kommt daher zu dem Ergebnis, daß in den Fällen, in denen von der Art der Kündigung her - und zwar bei der betriebsbedingten und in gewissen Fällen der personenbedingten ordentlichen Kündigung - an sich die Möglichkeit eines Gebrauchs des Widerspruchsrechtes bestehe, die Anhörung aber lediglich zur außerordentlichen Kündigung erfolgte, dem Betriebsrat, falls eine Umdeutung in Betracht kommen solle, die Gelegenheit eingeräumt werden müsse, nunmehr auch zur ordentlichen Kündigung Stellung zu nehmen und gegebenenfalls von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen.[3)] Bei einer verhaltensbedingten Kündigung und in den Fällen einer personenbedingten Kündigung, in denen ein Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 BetrVG nicht denkbar sei, sei hingegen auch bei bloßer Anhörung des Betriebsrates zur

---

1) Vgl. Bleistein, Rdn. 205; Bürger/Oehmann/Stübing, Stichwort: Anhörung des Betriebsrats bei Kündigung, S. 4; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 57; Stahlhacke, Rdn. 74; siehe auch ders., BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58).
Siehe ferner Auffarth, S. 71, 74; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 8; Hoechst, AuR 1973, 328, 335

2) Schlochauer, RdA 1973, 157, 159

3) Auch Schaub, § 123 IX 3, S. 482 und Hautmann/Schmitt, S. 189 stellen für die Zulässigkeit einer Umdeutung darauf ab, daß das Widerspruchsrecht des Betriebsrates nicht umgangen werden darf.

außerordentlichen Kündigung eine Umdeutung einer fristlosen Kündigung in eine ordentliche möglich.

a) Zunächst kann der Ansicht von Schlochauer nicht gefolgt werden.
Der Differenzierungsgesichtspunkt "Umgehung des Widerspruchsrechtes" überzeugt nicht. Bei verhaltensbedingten Kündigungen und in den Fällen einer personenbedingten Kündigung, in denen ein Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 BetrVG[1] ausscheidet, kann ebenfalls eine Verkürzung der Rechte des Betriebsrates in Betracht kommen. Der Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung bringt es mit sich, daß die Stellungnahme des Betriebsrates, je nachdem, welche Kündigung ausgesprochen werden soll, verschieden ausfallen kann. So besteht die Möglichkeit, daß der Betriebsrat einer außerordentlichen Kündigung zustimmen, dies aber nicht bei einer ordentlichen tun würde, weil er nur die außerordentliche für gerechtfertigt hält. Umgekehrt kann es sein, daß der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken äußert, jedoch einer ordentlichen zustimmen würde. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, der Betriebsrat also gleichfalls einer ordentlichen Kündigung gegenüber Bedenken äußern würde, so könnten die Gründe für diese Stellungnahme andere sein als bei der außerordentlichen Kündigung.
Im übrigen kann der Ansicht nicht gefolgt werden, daß eine nochmalige Anhörung des Betriebsrates den

---

1) Auf den Komplex, bei welchen Arten von Kündigungen und in welchem Umfang jeweils eine Ausübung des Widerspruchsrechtes in Frage kommt, wird bei der Abhandlung über das Widerspruchsrecht des Betriebsrates noch im einzelnen eingegangen werden.

Weg für eine Umdeutung freizumachen vermöchte, denn es würde sich, wie bereits gesagt, nicht um eine nach § 102 Abs. 1 BetrVG erforderliche vorherige Anhörung handeln.

b) Die entscheidende Frage lautet daher, ob die Anhörung des Betriebsrates bezüglich der außerordentlichen Kündigung dann, wenn der Arbeitgeber keine zusätzlichen Erklärungen abgibt und auch sonst nicht erkennen läßt, ob er die Kündigung nur als außerordentliche oder vorsorglich auch als ordentliche aufgefaßt wissen will, eine Anhörung zur ordentlichen Kündigung mit einschließt. Falls die Frage zu bejahen ist, wäre eine Umdeutung ohne weiteres möglich.

Die Absicht, eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, besitzt im Zweifel den Erklärungswert, daß sich der Arbeitgeber unter allen Umständen von dem Arbeitnehmer trennen will,[1] wenn nicht durch eine außerordentliche Kündigung, so eben durch eine ordentliche.[2] Wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis schon vor Ablauf der Kündigungsfrist zu beenden beabsichtigt, dann will er dies in der Regel erst recht zum Fristende. Einer weiteren, insbesondere ausdrücklichen Verdeutlichung dieser Absicht bedarf es daher nicht. Der Arbeitgeber bringt bereits durch die bloße Tatsache der außerordentlichen Kündigung - unter der Voraussetzung, daß er keine weiteren Erklärungen abgibt und keine sonstigen gegenteiligen Gesichtspunkte vorliegen - zum Ausdruck, daß er bei fehlender Er-

---

1) Vgl. Nr. 50 zu § 626 BGB

2) Vgl. Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 13 Rdn. 16; Meisel, S. 170; ferner Maus, KSchG, § 13 Rdn. 29 und Fußn. 19 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des RAG zu diesem Punkt; siehe auch BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit

folgsaussicht der außerordentlichen Kündigung ordentlich kündigen will.[1] Diese im Wesen der außerordentlichen Kündigung begründete Vermutung vermag der Arbeitgeber nur durch eine gegenteilige Erklärung - sei es ausdrücklich oder durch sein sonstiges Verhalten - zu entkräften. Tut er dies nicht, so macht er auch im Anhörungsverfahren einschlußweise schon die ordentliche Kündigung mit geltend. Eines vorsorglichen Hinweises des Arbeitgebers bedarf es nicht. Der Betriebsrat ist in diesem Fall vielmehr seinerseits gehalten, schon jetzt zu einer möglichen ordentlichen Kündigung vorsorglich Stellung zu nehmen.

Man kann auch nicht sagen, der Arbeitgeber müsse, wenn er hilfsweise eine ordentliche Kündigung erklären wolle, gleichwohl deswegen den Betriebsrat ausdrücklich auf diesen Umstand hinweisen, weil dies im Prozeß gegenüber dem klagenden Arbeitnehmer ebenfalls erforderlich sei. Letztere Ansicht wird im Hinblick auf § 6 KSchG vertreten, weil dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden müsse, die Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung im Prozeß nachträglich geltend zu machen.[2]
Abgesehen davon, daß es im Anhörungsverfahren auf § 6 KSchG nicht ankommt, ist entgegen dieser Meinung im Prozeß wegen dieser Vorschrift keine ausdrückliche hilfsweise Geltendmachung der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber notwendig, um sie zum Gegenstand des Kündigungsschutzverfahrens zu machen.[3] In dem Antrag des Arbeitnehmers, die außerordentliche Kündigung für nichtig zu erklären, liegt in aller

---

1) Siehe auch Bürger/Oehmann/Stübing, Stichwort: Außerordentliche Kündigung, S. 4

2) Vgl. Maus, KSchG, § 13 Rdn. 32; siehe auch in diesem Zusammenhang Rdn. 30

3) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit; siehe auch Maus, KSchG, § 13 Rdn. 33

Regel schon ein entsprechender Antrag in bezug auf die ordentliche Kündigung.[1] Im allgemeinen will der Arbeitnehmer nämlich gegen die Wirksamkeit der Kündigung unabhängig von deren rechtlichem Charakter vorgehen, da er seinen Arbeitsplatz behalten möchte.[2] Notfalls muß der Richter eine Klarstellung durch Ausübung seines Fragerechtes zu erreichen versuchen.[3] Der hier vertretene Standpunkt entspricht ferner der Sicht der Umdeutung als einer von Amts wegen zu berücksichtigenden Auslegungsregel.

Aus dem Gesagten ergibt sich außerdem, daß eine Umgehung des Widerspruchsrechtes des Betriebsrates nach § 102 Abs. 3 BetrVG - dieser Umstand wird wiederholt ausdrücklich als Argument gegen die Zulässigkeit einer Umdeutung angeführt[4] - bei dieser Lösung nicht

---

1) Vgl. Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 13 Rdn. 18 mwN. Hueck selbst scheint dieser Ansicht gegenüber etwas skeptisch zu sein, weil sich der Arbeitnehmer auch auf die Bekämpfung der außerordentlichen Kündigung beschränken, dagegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hinzunehmen bereit sein könnte. Diese Möglichkeit besteht selbstverständlich. Es müssen sich jedoch für einen solchen Willen des Arbeitnehmers Anhaltspunkte finden lassen. Sind diese nicht gegeben, so gilt der oben aufgestellte Grundsatz. A.A. BAG AP Nr. 2 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit. Das BAG bezieht die entgegengesetzte Position. Der Antrag auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch eine fristlose Entlassung nicht beendet worden sei, enthalte den Hilfsantrag, die Folgen einer in der fristlosen Entlassung liegenden befristeten Kündigung auszusprechen.

2) Auffarth-Müller, Kündigungsschutzgesetz, Berlin und Frankfurt a. Main 1960, § 11 Rdn. 17

3) Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 13 Rdn. 18

4) Vgl. Bleistein, Rdn. 205; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 57; Hautmann/Schmitt, S. 189; Hoechst, AuR 1973, 328, 335; Schaub, § 123 IX 3, S. 482; Schlochauer, RdA 1973, 157, 159; Stahlhacke, Rdn. 74; vgl. auch ders., BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58)

zu befürchten ist. Der Betriebsrat wird ebenso zur ordentlichen Kündigung gehört. Ihm ist es daher möglich, gegebenenfalls vorsorglich sein Widerspruchsrecht auszuüben.

8. Die Beteiligung des Betriebsrates bei einer Änderungskündigung

Mit einer Änderungskündigung[1] strebt der Arbeitgeber im Gegensatz zu einer einfachen, d.h. unmittelbar auf Entlassung zielenden Kündigung nicht in erster Linie eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses an, sondern eine Änderung der Arbeitsbedingungen, die für den betroffenen Arbeitnehmer im Vergleich zu den bisher vereinbarten zwar eine Verschlechterung sind, bei deren Annahme er aber seinen Arbeitsplatz in jedem Fall behält. Die Trennung vom Arbeitnehmer steht im Hintergrund und soll nur dann eintreten, wenn der Arbeitnehmer das im Zusammenhang mit der Kündigung gemachte Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen ablehnt.[2]

Bezieht sich die Änderungskündigung weder auf eine Umgruppierung noch auf eine Versetzung im Sinne des § 99 BetrVG oder ist dies zwar der Fall, handelt es sich aber um einen Betrieb mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern (vgl. § 99 BetrVG), so ist die Beteiligung des Betriebsrates unproblematisch. Sie richtet sich ausschließlich nach § 102 BetrVG.[3] Trotz des besonderen Charakters der Änderungskündigung

---

1) Eine Änderungskündigung ist auch als außerordentliche Kündigung zulässig, vgl. BAG, BB 1973, 1212

2) Vgl. z.B. Meisel, BB 1973, 944; ders., S. 136, ferner S. 111 f und S. 125 f

3) Vgl. auch Meisel, S. 183 f

findet § 102 BetrVG nach seinem eindeutigen Wortlaut auch auf diese Anwendung.[1] Zielt jedoch die Änderungskündigung auf eine Umgruppierung (Herabgruppierung) oder Versetzung ab, und ist die für die Anwendbarkeit des § 99 BetrVG erforderliche Betriebsgröße gegeben, so stellt sich die Frage nach der Mitbestimmung des Betriebsrates unter dem Blickwinkel des § 99 BetrVG,[2] die zu bejahen ist, und nach dem Verhältnis dieser Vorschrift zu § 102 BetrVG.

1) Die Ansicht, § 99 BetrVG finde auf Änderungskündigungen überhaupt keine Anwendung, wird offenbar von Rewolle vertreten.[3] Soweit ersichtlich, will er nur diejenigen Umgruppierungen oder Versetzungen dem § 99 BetrVG unterstellen, die der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechtes vornehmen kann. Muß hingegen eine Änderungskündigung ausgesprochen werden, so soll § 99 BetrVG keine Anwendung finden.
Diese Meinung ist abzulehnen. Sie verkennt den Zweck des § 99 BetrVG. Für eine Beteiligung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechtes vorgehen kann oder, ob eine Änderungskündigung ausgesprochen werden muß.[4] Auch im letzteren Fall geht es in erster

---

1) Vgl. z.B. Meisel, BB 1973, 944, 945; ders., S. 184; Bleistein, Rdn. 186 i.V.m. Rdn. 188; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 5 und 9; Schaub, § 137 I 2, S. 533

2) Vgl. Auffarth, S. 71, 75; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 74; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2; Hanau, BB 1972, 451, 455; Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17; Meisel, BB 1973, 944, 945; ders., S. 182 ff, ferner S. 111 f und S. 125 f; Schlochauer, RdA 1973, 157, 159

3) Rewolle, DB 1973, 185, 186 f

4) Zu diesem Problem eingehend Meisel, BB 1973, 944, 945

Linie um eine Umgruppierung bzw. Versetzung. Bei derartigen personellen Maßnahmen ist dem Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht nicht allein zum Schutz der individuellen Belange des von diesen Maßnahmen betroffenen Arbeitnehmers, sondern gerade auch zur Wahrung der Interessen der übrigen Arbeitnehmer im Betrieb gegeben (vgl. § 99 Abs. 2 BetrVG).[1] Beide Interessenpositionen - die des betroffenen Arbeitnehmers einerseits sowie die anderer Arbeitnehmer (vgl. § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG) oder der gesamten Belegschaft andererseits - stehen hier in Rede. Eine Änderungskündigung kann daher, jedenfalls grundsätzlich, nicht von einer Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG ausgeschlossen sein.[2]

2) Umgekehrt ließe sich daran denken, eine Änderungskündigung, sofern sie auf eine Umgruppierung oder Versetzung abstellt, wegen ihres besonderen Charakters in keinem Falle dem § 102 BetrVG zu unterstellen und somit zu einer ausschließlichen Anwendung des § 99 BetrVG zu kommen. Diese Ansicht wird von Kallmeyer vertreten.[3] Er begründet sie im wesentlichen damit, daß § 102 BetrVG für personelle Einzelmaßnahmen geschaffen sei, die auf eine Beendigung der Beschäftigung im Betrieb zielten. § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG sei allein auf diese Maßnahmen zugeschnitten. Die Änderungskündigung ziele jedoch nicht auf eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf eine Änderung der Arbeitsbedingungen.[4]

---

1) Vgl. Meisel, BB 1973, 944, 945

2) Siehe auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 74

3) Kallmeyer, DB 1973, 970, 971

4) Auch Hanau, BB 1972, 451, 455 kommt zur Unanwendbarkeit des § 102 BetrVG; er sieht jedoch im Gegensatz zu Kallmeyer in § 99 BetrVG lediglich das speziellere Gesetz gegenüber § 102 BetrVG. Vgl. dazu S. 89 f

Diese Gründe sind nicht zwingend. Wie bereits gesagt, ist mit einer Änderungskündigung zwar nicht in erster Linie die Entlassung des Arbeitnehmers beabsichtigt, aber auch nicht ausschließlich eine Änderung der Arbeitsbedingungen. Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers nicht an, so verliert er, wenn ein nachfolgender Kündigungsschutzprozeß keinen Erfolg hat, seinen Arbeitsplatz. Die Änderungskündigung bezweckt also in zweiter Linie eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dieser Umstand genügt, um zumindest den völligen Ausschluß des § 102 BetrVG zu verneinen.[1)]

Ob § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG ausschließlich auf eine Entlassungskündigung zugeschnitten ist oder nicht, kann hier außerdem dahingestellt bleiben. Selbst wenn dies der Fall wäre, so könnte daraus jedenfalls nur der Schluß gezogen werden, daß der Betriebsrat im Falle einer Änderungskündigung dann eben auf diese Bestimmungen keinen Widerspruch stützen kann. Daraus läßt sich aber nicht - zumal die Entlassung immer im Hintergrund steht - folgern, daß auch § 102 Abs. 1 und 2 BetrVG keine Anwendung finden soll.

Die Anwendbarkeit des § 102 BetrVG kann daher zumindest nicht als Ganzes ausgeschlossen werden.

3) Unbestritten ist, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat von einer Änderungskündigung in Kenntnis zu setzen hat.

Das ergibt sich aus § 102 BetrVG, da der Arbeitgeber mit einer Ablehnung des Angebotes durch den Arbeitnehmer rechnen muß.

---

1) Siehe im übrigen auch Meisel, BB 1973, 944, 945

Die Art der Beteiligung des Betriebsrates bei einer Änderungskündigung kann daher möglicherweise so gelöst werden, daß sie von dem Ergebnis einer vorherigen Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers abhängig gemacht wird.[1] Je nachdem, wie dann die Antwort auf das Angebot des Arbeitgebers ausfällt, könnten entweder § 99 BetrVG oder § 102 BetrVG oder beide Vorschriften nebeneinander Anwendung finden.
Gegen eine vorherige Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers durch den Betriebsrat sind keine Bedenken ersichtlich. § 102 Abs. 2 S. 4 BetrVG sieht sie sogar ausdrücklich als Soll-Vorschrift vor.

a) Es werden jedoch Bedenken dagegen erhoben, die Art der Beteiligung des Betriebsrates von einer Stellungnahme des Arbeitnehmers zu der Änderungskündigung anläßlich seiner Anhörung durch den Betriebsrat abhängig zu machen.[2] Dies führe zu Schwierigkeiten, weil sämtliche Mitbestimmungsregelungen vorsähen, daß der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht vor

---

1) Diesen Ansatzpunkt wählen: Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2a und b; Schlochauer, RdA 1973, 157, 159 f; vgl. auch Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17 und Auffarth, S. 71, 75

2) Kallmeyer, DB 1973, 970, 971
Gegen die Ansicht von Fitting-Auffarth wendet sich ebenfalls das ArbG Minden, DB 1973, 2251. Eine solche Differenzierung sei weder sachgerecht noch entspreche sie Sinn und Wortlaut des § 102 BetrVG, wonach der Betriebsrat vor Ausspruch j e d e r Änderungskündigung zu hören sei. Das Gericht läßt außer acht, daß der Betriebsrat vor seiner eigenen Beschlußfassung über die vom Arbeitgeber in diesem Stadium zunächst nur beabsichtigte Änderungskündigung die Stellungnahme des Arbeitnehmers einzuholen hat, vgl. Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2 a und b. Stimmt der Arbeitnehmer z.B. der vorgeschlagenen Änderung ohne Einschränkung zu, erübrigt sich der Ausspruch einer Änderungskündigung und damit eine Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG.

Durchführung der personellen Maßnahmen, also vor Ausspruch der Änderungskündigung ausübe, während der betroffene Arbeitnehmer sich erst danach über seine Einstellung zu der Änderungskündigung schlüssig werden könnte.[1)]
Es ist jedoch kein durchschlagender Grund ersichtlich, weshalb der Arbeitnehmer nicht schon bei seiner Anhörung durch den Betriebsrat eine verbindliche Entscheidung über das Angebot des Arbeitgebers soll treffen können. Ein wirksames Angebot kann nicht deswegen in Abrede gestellt werden, weil es zum Zeitpunkt der Einschaltung des Betriebsrates an der Abgabe eines Angebotes an den Arbeitnehmer fehle. Das Angebot geht dem Arbeitnehmer in dieser Phase nicht gegen den Willen des Arbeitgebers zu. Der Arbeitgeber beabsichtigt ja gerade, dieses Angebot dem Arbeitnehmer zu machen. Es kommt ihm nicht darauf an, wann dies geschieht. Mit der Beteiligung des Betriebsrates tut er im übrigen nur dem Gesetz Genüge. Es bestehen keine Bedenken, anzunehmen, daß der Arbeitgeber nichts dagegen hat, wenn dem Arbeitnehmer bereits jetzt - vor dem eigentlichen Ausspruch der geplanten Änderungskündigung - das Angebot schon in der Weise zur Kenntnis gebracht wird, daß es vom Arbeitnehmer sofort angenommen oder abgelehnt werden kann.

b) Auf die Eröffnung über die beabsichtigte Änderungskündigung hat der Arbeitnehmer folgende grundsätzliche Reaktionsmöglichkeiten.
Er kann das Angebot des Arbeitgebers vorbehaltlos oder unter Vorbehalt im Sinne des § 2 KSchG annehmen.
Auch eine Annahme unter Vorbehalt nach § 2 KSchG ist möglich, obwohl die Anwendbarkeit dieser Vorschrift zweifelhaft sein könnte. § 2 KSchG setzt nämlich vor-

---

1) Kallmeyer, DB 1973, 970, 971

aus, daß gekündigt worden ist.[1] Das wäre vorliegend aber gerade nicht der Fall. Es würde auch nicht mehr gekündigt werden. Gleichwohl ist § 2 KSchG analog anwendbar. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, den Arbeitnehmer vor der Gefahr zu schützen, seinen Arbeitsplatz ganz zu verlieren - was der Fall wäre, wenn er nach Ablehnung des Angebotes den Kündigungsschutzprozeß verlieren würde -, indem ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, allein die Änderung der Arbeitsbedingungen als sozial ungerechtfertigt anzugreifen.[2] Das gleiche Risiko besteht für den Arbeitnehmer aber schon dann, wenn die Kündigung zwar noch nicht ausgesprochen, dies aber beabsichtigt ist. Auch hier steht der Arbeitnehmer bereits unter dem Druck einer dann eben noch auszusprechenden Kündigung und damit, nimmt er das Angebot nicht an, vor dem möglichen Verlust des Arbeitsplatzes.
Der Arbeitnehmer kann ferner die Entscheidung ausdrücklich noch offen lassen. Er bliebe damit im Besitz seiner vollen Entscheidungsfreiheit über das Angebot einschließlich seiner Ablehnung. Der Arbeitnehmer hat außerdem die Möglichkeit, das Angebot bereits abzulehnen. Schließlich kann er sich auch jeder Äußerung zur beabsichtigten Änderungskündigung enthalten.

c) In den beiden Fällen der Annahme sowie bei Ablehnung des Angebotes bindet sich der Arbeitnehmer bereits. Dadurch werden jedoch seine Rechte nicht verkürzt. Zwar billigt ihm § 2 KSchG auf eine ausgesprochene Änderungskündigung hin eine reichliche Überlegungsfrist zu, die ihm im Anhörungsverfahren vor dem Be-

---

1) Dieses Problem wird von den auf S. 82 Fußn. 1 genannten Autoren nicht gesehen.

2) Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 2 Rdn. 13

triebsrat nicht zur Verfügung steht. Der Arbeitnehmer ist jedoch auf der anderen Seite auch nicht verpflichtet, sich bereits jetzt festzulegen. Wenn er es dennoch tut, so tut er es aus freien Stücken. Würde man dann gleichwohl eine spätere, aber anderslautende Entscheidung des Arbeitnehmers über das Angebot des Arbeitgebers für maßgebend erachten, so wäre dies ein venire contra factum proprium. Es handelt sich daher in den genannten Fällen um einen konkludent erklärten Verzicht auf eine an sich erst später erfolgende Entscheidung. Dieser ist rechtlich möglich, da er nicht im voraus generell erklärt worden ist, sondern sich auf einen konkreten Tatbestand bezieht. Die Situation ist hier nicht anders, als wenn der Arbeitgeber, bevor er sich an den Betriebsrat wendet, zunächst - was zulässig ist - dem Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet unter Hinweis auf eine sonst erfolgende Kündigung. Der Arbeitnehmer kann das Angebot, sei es auch unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG, annehmen - der Betriebsrat bestimmt dann allein nach § 99 BetrVG mit. Der Arbeitnehmer hat außerdem die Möglichkeit abzulehnen - beabsichtigt daraufhin der Arbeitgeber nur noch eine einfache Kündigung auszusprechen, so ist der Betriebsrat lediglich nach § 102 BetrVG zu hören.

Der Arbeitnehmer kann also schon im Zeitpunkt seiner Anhörung durch den Betriebsrat eine verbindliche Entscheidung über das im Zusammenhang mit der beabsichtigten Änderungskündigung stehende Angebot des Arbeitgebers treffen. Je nachdem, wie sich der Arbeitnehmer entscheidet, ist für den Betriebsrat die Art seiner Beteiligung festgelegt.

Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot vorbehaltslos oder unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG an, so hat der

Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG,[1] da es wegen der Annahme und der damit verbundenen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr um eine Kündigung gehen kann, sondern nur um eine Vertragsänderung, deren Gegenstand eine Umgruppierung bzw. Versetzung ist.[2]

Lehnt er ab, so hat der Arbeitgeber zwei Möglichkeiten. Er kann den Arbeitnehmer ordentlich kündigen. Er kann aber auch, trotz der bereits erfolgten Ablehnung des Angebotes, die Änderungskündigung aussprechen.[3] Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, daß der Arbeitnehmer das dann erneut ausgesprochene Angebot nicht doch noch annehmen wird. Der Arbeitnehmer ist dann, da es sich um ein "neues" Angebot handelt, an seine frühere Ablehnung nicht mehr gebunden. Kündigt der Arbeitgeber ordentlich, so richten sich die Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates nach § 102 BetrVG.[4] Es handelt sich um eine echte Kündigung, da es jetzt nur noch um eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses als solches geht.[5] Es ist kein Raum mehr für eine Anwendung des § 2 KSchG.

---

1) Im Ergebnis ebenso: Auffarth, S. 71, 75; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2a.
Teilweise, nämlich für den Fall der Annahme unter Vorbehalt, anders: Schlochauer, RdA 1973, 157, 159 f. Sie übersieht jedoch, daß es bei einer Annahme des Angebotes unter Vorbehalt im Sinne des § 2 KSchG zu keiner Kündigung kommen kann und daher von vornherein eine Anwendbarkeit des § 102 BetrVG außer Betracht bleibt. Vgl. auch Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17

2) Vgl. Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2a; Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17

3) Siehe auch Stege-Weinspach, S. 364, 375

4) Im Ergebnis ebenso: Auffarth, S. 71, 75; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2b; Schlochauer, RdA 1973, 157, 160; vgl. auch Maus, KSchG, § 2 Rdn. 18

5) Vgl. Auffarth, S. 71, 75; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2b; Maus, KSchG, § 2 Rdn. 18

Hält der Arbeitgeber weiterhin, also trotz Ablehnung seines Angebotes durch den Arbeitnehmer, an einer Änderungskündigung fest, so bestehen folgende Möglichkeiten. Er gibt seine Absicht dem Betriebsrat gegenüber zu erkennen. Dann richtet sich dessen Beteiligung außerdem nach § 99 BetrVG.[1] Ist die Änderungskündigung ausgesprochen, steht dem Arbeitnehmer wieder die Möglichkeit des § 2 KSchG offen. In der Regel wird der Betriebsrat jedoch bei einer Ablehnung des Angebotes durch den Arbeitnehmer davon ausgehen können, daß der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung aussprechen wird. Liegen dem Betriebsrat keine Anhaltspunkte vor, daß der Arbeitgeber trotz Ablehnung des Angebotes noch eine Änderungskündigung aussprechen will und erfolgt daher eine Beteiligung des Betriebsrates nur unter dem Blickwinkel des § 102 BetrVG, spricht der Arbeitgeber aber dennoch eine Änderungskündigung aus, so bleibt dem Arbeitnehmer gleichwohl die Rechtsposition des § 2 KSchG auch in diesem Fall erhalten.[2] Der Betriebsrat muß allerdings, nimmt der Arbeitnehmer das Angebot an, vor Durchführung der Umgruppierung bzw. Versetzung in einem erneuten Beteiligungsverfahren unter dem Blickwinkel des § 99 BetrVG eingeschaltet werden.[3]

---

1) Auf das Verhältnis von § 99 BetrVG zu § 102 BetrVG wird gleich noch eingegangen werden.

2) Der Arbeitgeber kann eine Änderungskündigung sowohl ohne Zustimmung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG als auch ohne deren Ersetzung durch das Arbeitsgericht aussprechen. Die Zustimmung ist erst für die eigentliche Durchführung der Maßnahme erforderlich. Siehe im einzelnen S. 92 ff.

3) Nur unter der Voraussetzung nochmaliger Einschaltung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG kann daher auch der Ansicht von Meisel, S. 167 "Beispiel aE" und Stege-Weinspach, S. 364 gefolgt werden, daß der Arbeitnehmer trotz Ablehnung des Angebots nach Ausspruch einer Änderungskündigung die Befugnis aus § 2 KSchG wahrnehmen kann.

Sowohl die annehmende als auch die ablehnende Erklärung des Arbeitnehmers vor dem Betriebsrat geht dem Arbeitgeber durch die Stellungnahme des Betriebsrates zu. Dieser ist Bote des Arbeitnehmers. Die Beurteilung einer nachträglichen Willensänderung des Arbeitnehmers gegenüber dem Angebot des Arbeitgebers richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (vgl. §§ 130, 145 ff BGB). Ein Widerruf ist also unbeachtlich, wenn dem Arbeitgeber die Annahme- bzw. Ablehnungserklärung bereits zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).[1)]

d) Die Frage spitzt sich jetzt darauf zu, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen der Arbeitnehmer bei seiner Anhörung durch den Betriebsrat keine eindeutige Stellungnahme bezieht,[2)] er sich also die Entscheidung ausdrücklich bis nach Ausspruch der Änderungskündigung offen hält oder sich gar nicht äußert. Diesen Reaktionsmöglichkeiten ist gemeinsam, daß eine Entscheidung des Arbeitnehmers, die bereits vor der Stellungnahme des Betriebsrates Klarheit für die eine oder andere Art seiner Beteiligung bringen könnte, noch nicht vorliegt. Die Frage, ob der Arbeitnehmer das Angebot - gegebenenfalls unter Vorbehalt - annehmen oder ablehnen wird, bleibt also bis nach Ausspruch der Änderungskündigung im ungewissen.

---

1) Hat der Arbeitnehmer das Angebot zunächst abgelehnt, der Arbeitgeber aber dennoch eine Änderungskündigung ausgesprochen, und geht der Arbeitnehmer dann auf das Angebot ein, so liegt kein Widerruf der Ablehnung des ersten Angebots vor, sondern die Annahme eines "neuen" Angebots.

2) Dieser Komplex wird von Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 2a und b, Schlochauer, RdA 1973, 157, 160 und Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17 nicht behandelt. Dies ist aber erforderlich. Der Arbeitgeber kann sich zwar bei seiner Anhörung durch den Betriebsrat schon festlegen, muß dies jedoch nicht tun.

aa) Es ließe sich daran denken, in § 99 BetrVG die speziellere Regelung für Umgruppierungen und Versetzungen zu sehen, neben der § 102 BetrVG keine Anwendung mehr findet.[1] Dies könnte damit begründet werden, daß eine Beteiligung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG eine solche nach § 102 BetrVG mitumschließt.

Es mag zwar sein, daß sich aus einer Stellungnahme des Betriebsrates zur Umgruppierung oder Versetzung in der Regel auch auf eine Stellungnahme zur Kündigung des Arbeitnehmers schließen läßt.[2] Daraus folgt jedoch nicht, daß § 99 BetrVG lex specialis gegenüber § 102 BetrVG ist.[3] § 99 BetrVG kann lediglich Rechtsgrundlage für eine Stellungnahme des Betriebsrates zu einer Umgruppierung oder Versetzung sein, nicht aber für eine Stellungnahme zu einer Kündigung, auch wenn sich diese tatsächlich aus der Stellungnahme gemäß § 99 BetrVG ermitteln läßt. Die Rechtsgrundlage einer Stellungnahme zu einer Kündigung findet sich ausschließlich in § 102 BetrVG.
Eine Änderungskündigung hat zudem Alternativcharakter. In erster Linie wird die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen angestrebt. Die geplante Umgruppierung bzw. Versetzung, zu der der Betriebsrat Stellung nimmt, impliziert demnach den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das ist jedoch bei der in zweiter Linie in Betracht kommenden Kündigung gerade nicht der Fall.

---

1) So allgemein für das Verhältnis von § 99 BetrVG zu § 102 BetrVG Hanau, BB 1972, 451, 455, allerdings ohne nähere Begründung. Dieser Gedanke klingt auch bei Schlochauer, RdA 1973, 157, 160 an. Dagegen Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 74.

2) Vgl. Meisel, S. 183, ferner S. 112 und S. 125 f; ders., BB 1973, 944, 946

3) Diese Schlußfolgerung zieht auch Meisel nicht.

Daß es hier jeweils um etwas anderes geht, erhellt auch daraus, wenn der Arbeitnehmer bereits seine Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Angebotes getroffen hätte. Dann würde nämlich entweder § 99 BetrVG oder § 102 BetrVG Anwendung finden, nicht jedoch im letzten Fall außerdem § 99 BetrVG.
Außerdem müssen sich die Stellungnahme des Betriebsrates zu einer Umgruppierung oder Versetzung und die zu einer Kündigung nicht decken. Dies zeigen die folgenden zwei Beispiele:
Der Betriebsrat ist zwar mit dem Arbeitgeber einer Meinung, daß an sich eine Umgruppierung oder Versetzung erforderlich ist und würde daher zu diesen Maßnahmen seine Zustimmung erteilen. Vor die Alternative gestellt, den Arbeitnehmer zu den alten Bedingungen weiterzubeschäftigen oder ihn möglicherweise ganz zu verlieren, wenn er die beabsichtigte Änderung zumindest in dieser Form ablehnt, kann der Betriebsrat gleichwohl Bedenken gegen eine Kündigung anmelden, z.B. deswegen, weil der betroffene Arbeitnehmer in seiner alten Funktion (bei einer Herabgruppierung) oder in der geplanten neuen Funktion (bei einer Versetzung) nicht ersetzt werden kann.

Der Betriebsrat ist der Ansicht, der Arbeitnehmer gehöre uneingeschränkt gekündigt. Gegen die geplante personelle Alternativmaßnahme ist er aus Gründen des § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG. Verweigert er daher insofern seine Zustimmung, so bewirkt dies, wenn der Arbeitnehmer annehmen sollte und die Zustimmung durch das Arbeitsgericht nicht ersetzt wird, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den alten Bedingungen, die er aber ebenfalls nicht will. Er wird daher in jedem Fall auch die Kündigung bejahen.
§ 99 BetrVG kann daher gegenüber § 102 BetrVG nicht als lex specialis angesehen werden.

bb) Eine Lösung läßt sich hier nur aus dem besonderen Charakter der Änderungskündigung gewinnen. Der Arbeitgeber gibt durch sie zu erkennen, daß er zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Arbeitsbedingungen bereit ist. In zweiter Linie, nämlich im Falle der völligen Ablehnung des Angebotes, will er die Kündigung. Da der Arbeitnehmer seine Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Angebotes in den bezeichneten Fällen noch nicht getroffen hat, kann die Anwendung weder von § 99 BetrVG noch von § 102 BetrVG für sich allein in Betracht kommen. Vielmehr müssen beide Möglichkeiten des Reagierens seitens des betroffenen Arbeitnehmers vom Betriebsrat in Erwägung gezogen werden. Dieser ist daher sowohl nach § 99 BetrVG als auch nach § 102 BetrVG mit der Änderungskündigung befaßt.[1)2)] Beide Vorschriften finden Anwendung.[3)] Die Stellungnahme des Betriebsrates zu einer Änderungskündigung, die auf eine Versetzung oder Umgruppierung abzielt, muß unter den genannten Voraussetzungen also beiden Beteiligungsrechten Rechnung tragen. Allerdings ist es möglich, daß sich aus einer Stellungnahme des Betriebsrates zur Umgruppierung oder Versetzung im Wege der Schlußfolgerung eine Stellungnahme zur Kündigung ergibt.[4)] Wo dies jedoch nicht der Fall sein sollte, muß der Betriebsrat seine Einstellung in dieser Hinsicht noch klar herausstellen.

---

1) Im Ergebnis ähnlich Meisel, S. 183. Vgl. auch Meisel, BB 1973, 944, 945 f

2) Zur besonderen Situation des Eilfalles vgl. Meisel, BB 1973, 944, 946 f

3) Diese Lösung wird - ohne ansonsten nach der Reaktion des Arbeitnehmers bei seiner Anhörung durch den Betriebsrat zu differenzieren - generell befürwortet von: ArbG Minden, DB 1973, 2251; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 74; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 13; Schaub, Der Betriebsrat, München 1973, S. 227.

4) Vgl. Meisel, S. 183, ferner S. 112 und S. 125 f. Außerdem Meisel, BB 1973, 944, 946, der diesen Punkt hier noch vertieft.

cc) Wurde der Betriebsrat zu einer Änderungskündigung nach § 102 BetrVG gehört, hat er ferner seine Zustimmung zu der in Aussicht genommenen personellen Einzelmaßnahme verweigert, und ist außerdem über die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht noch nicht entschieden, so ist der Arbeitgeber dennoch nicht gehindert, die Änderungskündigung auszusprechen.[1)2)]

Die auch bei einer Änderungskündigung zur Wirksamkeit erforderliche Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG liegt vor.

Auf die Frage, ob die Zustimmung des Betriebsrates Wirksamkeitsvoraussetzung der personellen Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG ist,[3)] braucht hier nicht eingegangen zu werden. Die Änderungskündigung jedenfalls kann der Arbeitgeber wirksam aussprechen, auch wenn noch keine Zustimmung vorliegt.
Dafür spricht einmal, daß es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, vor Ausspruch einer Änderungskündigung ein möglicherweise längeres und bezüglich des Ausganges ungewisses arbeitsgerichtliches Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung durch-

---

1) Auch Schlochauer, RdA 1973, 157, 160 geht offensichtlich davon aus, daß diese Möglichkeit besteht. Vgl. ferner Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17

2) A.A. Meisel, S. 183, ferner S. 112 und S. 125 f. An anderer Stelle, BB 1973, 944, 947 handelt Meisel jedoch, allerdings nur im Rahmen einer Eilsituation, bejahend die Frage ab, ob der Arbeitgeber die Änderungskündigung sofort aussprechen könne, ohne bis zum rechtskräftigen Ausgang des Beschlußverfahrens über die Ersetzung der Zustimmung warten zu müssen. Zur Begründung verweist Meisel darauf, daß die Zustimmung des Betriebsrates zur personellen Einzelmaßnahme keine Wirksamkeitsvoraussetzung für ihre Durchführung sei.

3) Ablehnend Meisel, BB 1973, 944, 946.
Siehe aber oben S. 6, 7 mit Fußn. 1

führen zu müssen, wenn gar nicht sicher ist, ob der Arbeitnehmer das Angebot überhaupt annehmen wird. Im Falle einer Ablehnung wäre das gerichtliche Verfahren umsonst.
Außerdem genügt es, wenn die Zustimmung vor und zu der Umgruppierung oder Versetzung, also vor und zu der Durchführung der konkreten personellen Maßnahme erfolgt (vgl. § 99 Abs. 1, 2. Halbs. und § 100 BetrVG).[1] Dies entspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Zweck des § 99 BetrVG. Die vom Betriebsrat zu wahrenden individuellen und kollektiven Interessen werden nicht schon durch die Planung, sondern erst durch deren Verwirklichung berührt. Es genügt daher, wenn die Zustimmung unmittelbar vor der geplanten Durchführung vorliegt. Mit dem Ausspruch der Änderungskündigung selbst wird jedoch noch keine Umgruppierung oder Versetzung vollzogen. Dadurch bringt der Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer gegenüber - vergleichbar der Unterrichtung des Betriebsrates - zum Ausdruck, daß er eine der genannten personellen Maßnahmen vorzunehmen beabsichtigt bzw. diesen Plan aufrechterhält und hierzu sein Einverständnis erreichen will. Der betroffene Arbeitnehmer muß erst noch über die Annahme des Angebotes entscheiden. Solange dies nicht geschehen ist, liegt sicher noch kein Vollzug der arbeitgeberseitigen Planung vor. Der Arbeitgeber gibt gerade dadurch, daß er zunächst ein Angebot macht, zu erkennen, daß er die personelle Maßnahme so lange nicht zu verwirklichen gedenkt, als keine Annahme erfolgt.

---

1) Vgl. auch Fitting-Auffarth, § 99 Rdn. 2; siehe auch dies., § 102 Rdn. 2a; ferner Maus, KSchG, § 2 Rdn. 17

Aber auch mit der Annahme des Angebotes durch den Arbeitnehmer ist die personelle Maßnahme selbst noch nicht durchgeführt. Durch sein Einverständnis wird zunächst nur ein Hindernis beseitigt, das sonst der Verwirklichung des Planes entgegengestanden hätte. Der Arbeitgeber ist überhaupt erst jetzt legitimiert, - vorbehaltlich der Zustimmung nach § 99 BetrVG - diesen in die Tat umzusetzen.
Mit dem arbeitsgerichtlichen Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung kann also der Arbeitgeber - er muß es jedoch nicht! - warten, bis der Arbeitnehmer nach Ausspruch der Kündigung über die Annahme des Angebotes entschieden hat. Nimmt dieser an, so braucht sich der Arbeitgeber erst jetzt um die Ersetzung der Zustimmung zu bemühen.[1] Solange diese nicht vorliegt, kann der Arbeitgeber trotz der Annahme des Angebotes durch den Arbeitnehmer die Maßnahme noch nicht durchführen.

---

1) A.A. Meisel, BB 1973, 944, 947. Meisel verlangt, daß der Arbeitgeber vor oder mit Ausspruch der Änderungskündigung die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Umgruppierung oder Versetzung beim Arbeitsgericht beantragt.

II. Zum Widerspruchsrecht des Betriebsrates

1. Abschließende Regelung der Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG

1) Nach nahezu einhelliger Meinung sind die Gründe, auf die der Betriebsrat seinen Widerspruch gegen eine beabsichtigte Kündigung stützen kann, in § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgezählt.[1)]

In der Rechtsprechung vertritt offenbar das ArbG Düsseldorf[2)] einen gegenteiligen Standpunkt.

Im Schrifttum sind Gnade/Kehrmann/Schneider[3)] und wohl auch Hoechst[4)] der Ansicht, daß ein Widerspruchsrecht auch dann gegeben sei, wenn der

---

1) LAG Frankfurt/M., DB 1973, 1806 (Leitsatz 3); zu den Entscheidungen erstinstanzlicher Gerichte siehe die Nachweise bei Etzel, BlStSozArbR 1973, 241, 245.
Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 159; Auffarth, S. 71, 76; Bleistein, Rdn. 221, 223, 229; Brecht, § 102 Rdn.6; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Buchner, Die AG 1973, 58, 61; Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Das neue Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1972, S. 24; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 80; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 11; Frauenkron, § 102 Rdn. 12; Galperin, S. 128; Hanau, BB 1972, 451, 454; Hautmann/Schmitt, S. 187; Meisel, S. 157; ders., DB 1972, 1675; Rohlfing/Rewolle, § 1 Anm. 30, S. 68 f; Sahmer, § 102 Rdn. 17; Schaub, § 123 VIII 6, S. 480; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158.
Vgl. ferner RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 33 und 52

2) ArbG Düsseldorf v. 25.4.1972 - 4 Ga 22/72 -, zitiert nach: Brill, Beilage Nr. 3 zu BB 1973, S. 10 und Etzel, BlStSozArbR 1973, 241, 245

3) Gnade/Kehrmann/Schneider, § 102 Rdn. 14

4) Hoechst, AuR 1973, 328, 331

Arbeitnehmer nicht an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb, sondern an seinem alten Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden könne. Sicher gibt es in dem Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG Gründe, deren erfolgreiche Geltendmachung eine Beibehaltung des bisherigen Arbeitsplatzes zur Folge haben kann (Ziff. 1 und 2; denkbar ist dies auch bei Ziff. 5).[1] In diesem Sinne sind die Ausführungen von Gnade/Kehrmann/Schneider jedoch nicht zu verstehen. Das ergibt sich aus einem Verweis auf Hanau in BB 1972, S. 454. Es geht, wie die Ausführungen von Hanau aaO. zeigen, vielmehr um die Frage, ob ein Widerspruch gegen eine beabsichtigte Kündigung allgemein mit dem Fehlen dringender betrieblicher Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG begründet werden kann.[2] In Rede steht also, ob sich ein Widerspruch darauf stützen läßt, daß nach Ansicht des Betriebsrates keine Maßnahme des Arbeitgebers vorliegt, die den Wegfall von Arbeitsplätzen entweder überhaupt rechtfertigen kann oder wenn dies doch der Fall sein sollte, daß jedenfalls der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers nicht verloren geht. Hanau[3] und Dietz-Richardi[4] lehnen die Zulässigkeit eines auf die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers an seinem bisherigen Arbeitsplatz gestützten Widerspruchs ausdrücklich ab.

---

1) Insoweit sind Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 14 offenbar a.A. Man denke jedoch nur an den Wegfall von Prämien; siehe Beispiele bei Stege-Weinspach, S. 363.

2) Vgl. auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 120

3) Hanau, BB 1972, 451, 454; Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 196; vgl. auch Hanau, ZfA 1972, Sonderheft, S. 71, 76

4) Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 120

2) Die Auffassung, daß ein Widerspruch auf andere als die in § 102 Abs. 3 Ziff. 1 bis 5 BetrVG genannten Gründe gestützt werden kann, widerspricht dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift. Nach deren Fassung sind die in Frage kommenden Widerspruchsgründe abschließend aufgezählt. Der Gesetzgeber hat nicht - z.B. durch die sonst allgemein übliche Vorschaltung des Wortes "insbesondere" oder einer ähnlichen Formulierung - zum Ausdruck gebracht, daß die Gründe der Ziff. 1 bis 5 nur beispielhaften Charakter haben sollen. Hätte er außer jenen noch andere zur Begründung eines Widerspruchs zulassen wollen, so hätten diese - bei einer nur begrenzten Zahl - ebenfalls erwähnt werden müssen, oder es hätte keiner Aufzählung von Gründen in § 102 Abs. 3 BetrVG bedurft.

3) Mag es auch auf den ersten Blick unverständlich[1] erscheinen, daß der Betriebsrat ein Widerspruchsrecht besitzt, wenn der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann, nicht aber dann, wenn eine Weiterbeschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz möglich ist, so ist dieses Ergebnis bei näherer Betrachtung der Motive des Gesetzgebers dennoch zutreffend.

Nach den Materialien zum neuen Betriebsverfassungsgesetz rechtfertigt sich das auf den Katalog der Gründe nach § 102 Abs. 3 BetrVG gestützte Widerspruchsrecht des Betriebsrates dadurch, daß es sich bei den Widerspruchsgründen in erster Linie um Gesichtspunkte handelt, "die wegen ihres kollektiven Einschlags vom Betriebsrat wegen der größeren Sachkenntnis und des vollständigen Überblicks über die betrieblichen Verhältnisse und Möglichkeiten besser

---

1) Vgl. Hanau, BB 1972, 451, 454; Hoechst, AuR 1973, 328, 331

geltend gemacht werden können als vom einzelnen Arbeitnehmer".[1] Maßgebend sind also zwei Umstände, die zusammen vorliegen müssen. Der "kollektive Einschlag" der Gründe und die besondere Sachkunde des Betriebsrates.

Jede Kündigung hat neben dem individualrechtlichen Bezug - je nach Lage des Einzelfalles - mehr oder weniger auch einen kollektiven Aspekt. Wenn jedoch der Betriebsrat aus einem der Gründe des § 102 Abs. 3 BetrVG widerspricht, so fordert er von dem Arbeitgeber nicht bloß das einfache Unterlassen der Kündigung. Dem Katalog der Widerspruchsgründe ist vielmehr gemeinsam, daß statt des reinen Abstandnehmens von der geplanten Kündigung eine andere Maßnahme des Arbeitgebers als eine mildere Alternative zur Kündigung realisiert werden soll. Jede der Alternativmaßnahmen, die im Rahmen des § 102 Abs. 3 BetrVG in Frage kommen, berührt dabei ebenfalls unmittelbar die kollektiven Interessen der Belegschaft und besitzt daher den kollektiven Einschlag. Bei den Ziff. 1 und 2 geht es um die Auswahl eines Arbeitnehmers, für den die Kündigung eine geringere soziale Härte bedeutet als für den zunächst Betroffenen. In den Ziff. 3 bis 5 werden Veränderungen gegenüber der bisherigen Lage angesprochen, deren kollektive Berührungspunkte sich - bei einer in der Regel gegebenen Qualifikationsmöglichkeit der verlangten Änderungen als Maßnahmen im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG - insbesondere aus den Gründen des § 99 Abs. 2 BetrVG ergeben, aus denen die erforderliche Zustimmung verweigert werden kann.

Fragt man nach dem Sinn, weshalb ein Widerspruch nach § 102 Abs. 3 BetrVG nur auf Gründe mit besonde-

---

1) AusschBer., zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7; vgl. auch RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 52; siehe ferner Meisel, S. 187

rem kollektiven Einschlag gestützt werden kann, im übrigen aber nur der Weg offen stehen soll, Bedenken anzumelden, so muß die Rechtswirkung eines derartigen Widerspruchs für den Arbeitgeber in Betracht gezogen werden. Einmal wird für den betroffenen Arbeitnehmer der Kündigungsschutz im Rahmen des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG erleichtert. Zum anderen wird unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG eine Weiterbeschäftigungspflicht begründet. Beide Rechtsfolgen bringen für den Arbeitgeber Erschwerungen und Nachteile mit sich. Um die Gefahr einer willkürlichen Handhabung des Widerspruchsrechts durch den Betriebsrat zu vermindern, soll eine Widerspruchsmöglichkeit nur dort bestehen, wo - gleichsam als immanente Bremse gegen einen willkürlichen Umgang mit diesen Recht - die Einlegung des Widerspruchs für den Betriebsrat nicht von jedem Risiko frei ist. Die Möglichkeit zu einer völlig ungebundenen Entscheidung fehlt, wenn, wie in den Fällen des § 102 Abs. 3 BetrVG, durch eine vom Betriebsrat selbst geforderte und daher auch von ihm mitzuverantwortende Alternativmaßnahme des Arbeitgebers zur Kündigung gleichfalls kollektive Interessen der Belegschaft berührt werden, deren Sachwalter der Betriebsrat ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, daß ein Widerspruchsgrund "Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz" jedenfalls insoweit ausscheidet, als er auf ein bloßes Abstandnehmen von der Kündigung hinausläuft. Das ist z.B. der Fall, wenn vom Betriebsrat lediglich die Kausalität einer Maßnahme des Arbeitgebers für den Wegfall eines bestimmten Arbeitsplatzes bestritten wird. Hier steht eine Alternativmaßnahme des Arbeitgebers von vornherein nicht zur Debatte.

Allerdings können unter den Gesichtspunkt "Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz" auch Gründe fallen, die einen kollektiven Einschlag besitzen, ohne daß sie im Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG aufgeführt sind. Zu denken ist hier an den Einwand der Arbeitsstreckung. Hier gewinnt jedoch der andere Gesichtspunkt für die Rechtfertigung der Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG Bedeutung. In diesen Fällen wird dem Betriebsrat eine umfassende Sachkenntnis unterstellt. Aus der Nichterwähnung weiterer denkbarer Widerspruchsgründe mit kollektivem Einschlag in dem abschließend gefaßten Katalog der Gründe des § 102 Abs. 3 BetrVG läßt sich daher der Umkehrschluß ziehen, daß bei anderen Sachverhalten keine unwiderlegbare Vermutung für eine besondere Sachkunde begründet werden soll, weil sie in einer derart generalisierenden Weise nicht allgemein unterstellt werden kann. Das zeigt sich auch sehr deutlich im Falle der Arbeitsstreckung, die im Kern eine gerichtlich nicht überprüfbare Unternehmerentscheidung ist.[1)]

2. Widerspruch und Kündigungsart

1) Die Arbeitsgerichte Aalen[2)] und Saarbrücken[3)] sowie Schaub[4)] vertreten den Standpunkt, daß ein Widerspruch des Betriebsrates nach § 102 Abs. 3 BetrVG nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht kommt.

---

1) Siehe auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 68

2) ArbG Aalen v. 31.5.1972 - 2 Ca 73/72 -, zitiert nach: Brill, Beilage Nr. 3 zu BB 1973, S. 10 und Etzel, BlStSozArbR 1973, 241, 245

3) ArbG Saarbrücken v. 13.4.1972 - 5 BV 12/72 - und v. 14.4.1972 - 6 BV 13/72 -, zitiert nach: Brill, Beilage Nr. 3 zu BB 1973, S. 10 und Etzel, BlStSozArbR 1973, 241, 245

4) Schaub, § 133 V 2, S. 526

Nach herrschender Meinung[1] können die Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG bei betriebsbedingten und teilweise auch bei personenbedingten Kündigungen Anwendung finden, nicht jedoch bei verhaltensbedingten Kündigungen.
Eine weitergehende Auffassung[2] will bei verhaltensbedingten Kündigungen dem Betriebsrat ausnahmsweise, aber wenigstens doch dann ein Widerspruchsrecht zugestehen, wenn dem Arbeitnehmer kein Verschulden zur Last fällt. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, daß es sich hierbei um Grenzfälle zur personenbedingten Kündigung handelt. Von Stahlhacke, einem Vertreter dieser Ansicht, wird außerdem § 102 Abs. 3 BetrVG ohne Einschränkung auf personenbedingte Kündigungen für anwendbar gehalten.[3]
Auffarth[4] hält es darüber hinaus ausnahmsweise für denkbar, daß ein zu mißbilligendes Verhalten des Arbeitnehmers bei Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz entfallen könnte.[5] Diese Meinung wird im Ergebnis auch von Erdmann-Jürging-Kammann[6] vertreten. Zu dieser Gruppe können ferner Hanau/Adomeit gezählt werden.[7]

---

1) Vgl. Blank, BB 1972, 536; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 14; Meisel, S. 161 f; ders., DB 1972, 1675 und 1677; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158; Stege-Weinspach, S. 360 f und 362
Siehe auch Gamillscheg, Nr. 424, S. 467
Unklar Adomeit, DB 1971, 2360, 2363

2) Bleistein, Rdn. 229; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 89, siehe auch Rdn. 112; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58); ders., Rdn. 145

3) Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 74 (58); ders., Rdn. 145

4) Auffarth, S. 71, 77

5) Auffarth verweist dabei ausdrücklich auf die Entscheidung des ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446

6) Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 45. Enger jedoch, § 102 Rdn. 28

7) Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 198. Bei personenbedingten Kündigungen verlangen sie im übrigen, daß der Arbeitnehmer anderweitig nicht eingesetzt werden kann, S. 197.

Das Arbeitsgericht Ludwigshafen[1] - unter Bezugnahme auf Gumpert[2] - und Hoechst[3] sehen schließlich ein Widerspruchsrecht des Betriebsrates außer bei betriebs- und personenbedingten Kündigungen gleichermaßen auch bei verhaltensbedingten Kündigungen für möglich an. Diese Sicht wird außerdem in der Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG vertreten.[4]

2) Dem reinen Wortlaut nach ist § 102 Abs. 3 BetrVG offen für eine Anwendung auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen.[5] Eine ausdrückliche Beschränkung auf betriebsbedingte Kündigungen fehlt jedenfalls.

---

1) ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446. Diese Entscheidung wurde im übrigen durch rechtskräftiges Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 12. Juni 1972 - 4 Sa 107/72 - bestätigt; vgl. Auffarth, S. 71, 77.

2) Gumpert, BB 1972, 47, 50 f. Über seinen Standort in diesem Streit herrscht selbst wieder Meinungsverschiedenheit; vgl. Blank, BB 1972, 536. M.E. kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, daß Gumpert der am weitestgehenden Ansicht zugerechnet werden muß; vgl. Gumpert, BB 1972, 47, 50 f (IV 3), 51 (V a).

3) Hoechst, AuR 1973, 328, 331 f

4) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 33. Es heißt dort: "Darüber hinaus hat der Betriebsrat bei allen ordentlichen Kündigungen das Recht, der Kündigung aus bestimmten näher umschriebenen Gründen zu widersprechen mit der Folge, daß dann, wenn die gesetzlichen Widerspruchsgründe vorliegen, die Kündigung in einem anschließenden Kündigungsschutzverfahren als sozialwidrige Kündigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes anzusehen ist."

5) Vgl. auch ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446; Auffarth, S. 71, 77; Hoechst, AuR 1973, 328, 332; Meisel, S. 161 f

3) Kein Zweifel besteht jedoch, daß es sich bei § 102 Abs. 3 Ziff. 1 BetrVG um einen Grund handelt, der nur bei einer betriebsbedingten Kündigung eine Rolle spielt. Lediglich in diesem Zusammenhang gibt es überhaupt eine soziale Auswahl (vgl. § 1 Abs. 3 KSchG).[1)]
Auch der Ziff. 2 kommt eine Bedeutung ausschließlich im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung zu.[2)] Regelungsgegenstand von Auswahlrichtlinien[3)] kann allein die nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Frage kommende Auswahl - insbesondere auch eine soziale Auswahl - unter mehreren Arbeitnehmern sein (vgl. ebenfalls § 1 Abs. 3 KSchG, und zwar sowohl S. 1 als auch S. 2).

4) Hinsichtlich § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG ist die Rechtslage allerdings erheblich schwieriger.[4)]

---

1) Vgl. Blank, BB 1972, 536; Hoechst, AuR 1973, 328, 331; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158

2) Vgl. ebenfalls Blank, BB 1972, 536; Hoechst, AuR 1973, 328, 331; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158

3) Zum Inhalt der Auswahlrichtlinien bei Kündigungen nach § 95 BetrVG siehe im übrigen S. 123 ff, 127 ff

4) Zum Verhältnis der Widerspruchsgründe der Ziff. 3 bis 5 untereinander im wesentlichen zutreffend: Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 91 und 92.
Bedenken begegnet allerdings, wenn Ziff. 3 nur eine Versetzung ohne wesentliche Änderungen der Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben soll, Rdn. 91. In der Regel wird es sich zwar um Versetzungen (vgl. § 95 Abs. 3 BetrVG) handeln (siehe auch Meisel, S. 163; ders., DB 1972, 1675, 1676). Es kommen aber auch andere Maßnahmen, z.B. Beschäftigung in einer anderen Schicht, in Betracht, vgl. ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446. (Allerdings spricht das Gericht in diesem Zusammenhang selbst von einer Versetzung. Die Beschäftigung in einer anderen Schicht ohne Änderung des Aufgabenbereichs - wie in dem entschiedenen Fall - ist jedoch keine Versetzung, vgl. Dietz-Richardi, § 99 Rdn. 35; Hromadka, BB 1972, 1532, 1534). Zu eng ist außerdem die Festlegung auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ohne wesentliche Ände-

a) Gegen die Anwendbarkeit der Ziff. 3 bis 5 auf verhaltensbedingte Kündigungen wird eingewandt, daß in der Gesetzesvorschrift im wesentlichen die bisherige Rechtsprechung zu der bei der betriebsbedingten Kündigung möglichen anderweitigen Beschäftigung kodifiziert worden sei.[1] Bezüglich Verhaltenskündigungen seien hingegen Erwägungen über Versetzbarkeit usw. noch nie angestellt worden.[2] Diese Überlegungen bilden jedoch kein Hindernis gegen eine generelle Regelung durch den Gesetzgeber. Dafür, daß dieser einen entsprechenden Willen gehabt hat, spricht nicht nur die Begründung[3] zum Regierungsentwurf des BetrVG (Widerspruchsrecht bei "allen ordentlichen Kündigungen"), sondern auch der Wortlaut der Bestimmung. In § 102 Abs. 3, 1. Halbs. BetrVG ist nicht von einer betriebsbedingten ordentlichen Kündigung die Rede, sondern schlechthin von der ordentlichen Kündigung. Damit ist begrifflich auch die verhaltensbedingte Kündigung erfaßt.[4]

Die Tatsache, daß die Ziff. 1 und 2 nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Erscheinung treten, rechtfertigt es ebenfalls nicht, unter Hinweis auf den systematischen Zusammenhang auch die Ziff. 3 bis 5

---

rung der Arbeitsbedingungen. § 102 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG erfaßt jede andere Beschäftigungsmöglichkeit ohne Rücksicht auf den Grad der Änderung der Arbeitsbedingungen; steht jedoch eine derartige Änderung im Zusammenhang mit Maßnahmen nach Ziff. 4 (Umschulung oder Fortbildung) oder Ziff. 5 (Vertragsänderung), so gelten allein diese Bestimmungen (ähnlich auch ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446).

1) Schlochauer, RdA 1973, 157, 158

2) Blank, BB 1972, 536

3) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 33

4) Vgl. auch ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446

von einer Anwendung auf personen- und insbesondere verhaltensbedingte Kündigungen auszuschließen.[1)]

Zwischen den Ziff. 1 und 2 auf der einen und den Ziff. 3 bis 5 auf der anderen Seite besteht ein in dieser Hinsicht wesentlicher sachlicher Unterschied. In den beiden ersten Fallgruppen läßt ein erfolgreicher Widerspruch des Betriebsrates die bisher innegehabte Position des von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmers völlig unverändert. Im Falle der Ziff. 3 bis 5 muß der Arbeitnehmer jedoch u.U. zum Teil erhebliche Veränderungen in Kauf nehmen, will er seinen Arbeitsplatz behalten.
Liegen Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers vor, die an sich eine Kündigung rechtfertigten, so scheidet jedenfalls - im Gegensatz zu den Ziff. 1 und 2 - eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter uneingeschränkter Beibehaltung seiner bisherigen Position als für den Arbeitgeber unzumutbar aus. Andernfalls würden die Institute der personen- und verhaltensbedingten Kündigung leerlaufen. Ist hingegen eine Weiterbeschäftigung - wie bei den Ziff. 3 bis 5 - nur unter einer mehr oder weniger weitgehenden Veränderung der bisherigen Lage des Arbeitnehmers erreichbar, so erscheint deswegen eine Anwendung dieser Widerspruchsgründe auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen eher denkbar. Durch die Möglichkeit zu Änderungen wird die Voraussetzung geschaffen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sonst entgegenstehende Zumutbarkeitsgrenze zu relativieren.

Der Absicht, verhaltensbedingte Kündigungen dem § 102 Abs. 3 BetrVG zu unterstellen, wird ferner entgegengehalten, daß damit für eine Anwendung des § 102

---

1) Vgl. aber Blank, BB 1972, 536; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158

Abs. 2 S. 1 BetrVG in der Praxis kein Raum mehr bliebe. Es seien dann kaum noch Fälle denkbar, wo der Betriebsrat lediglich "Bedenken" anmelden könnte.[1)]
Die Widerspruchsgründe sind jedoch nicht die einzigen Gesichtspunkte, die gegen eine Kündigung vorgebracht werden können. Eine Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG ist gegenüber einer Kündigung nur die mildere Alternative. Sie kommt erst in Betracht, wenn eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen ausscheidet. Das setzt voraus, daß wenigstens an sich ein Grund im Verhalten des Arbeitnehmers gegeben ist. Dieser gesamte Fragenkomplex, der nicht dem Widerspruchsrecht des Betriebsrates unterfällt, ist nach wie vor für die Geltendmachung von Bedenken offen.
Ferner bliebe die Möglichkeit des Betriebsrates bestehen, Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte bei einer an sich begründeten Kündigung ins Spiel zu bringen, z.B. auf ungünstige Auswirkungen auf das Betriebsklima hinzuweisen.

Als Argument für die herrschende Meinung dient weiter, daß es sich bei den Widerspruchsgründen des § 102 Abs. 3 BetrVG um solche Gesichtspunkte handelt, bei denen der Betriebsrat über eine umfassende Sachkenntnis verfügt. Sie könne jedoch nur bei betriebsbedingten Kündigungen von Bedeutung sein.[2)]
Diese besondere Rechtfertigung für das Widerspruchsrecht des Betriebsrates[3)] hat nichts mit der Frage einer Anwendbarkeit der Ziff. 3 bis 5 auf personen-

---

1) Blank, BB 1972, 536
2) Vgl. Schlochauer, RdA 1973, 157, 158
3) Siehe AusschBer., zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7

und verhaltensbedingte Kündigungen zu tun. Der Betriebsrat wird zwar in der Regel von den Gründen in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers nicht die qualifizierte Kenntnis besitzen, die bei den Widerspruchsgründen nach § 102 Abs. 3 BetrVG allgemein als vorhanden vorausgesetzt wird. Darauf kommt es aber gar nicht an. Das Widerspruchsrecht erfaßt nicht den gesamten Kündigungstatbestand,[1] sondern nur einen bestimmten Teilaspekt desselben, nämlich den der abschließend aufgezählten Widerspruchsgründe. Lediglich insoweit wird von einer umfassenden Sachkunde des Betriebsrates ausgegangen. Die Anwendbarkeit des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen kann daher nicht an dem Fehlen der erforderlichen Kenntnisse scheitern. Auch hier geht es nur um den Aspekt der Widerspruchsgründe. Entweder besitzt der Betriebsrat den Überblick oder er besitzt ihn nicht. Besitzt er ihn - und davon geht der Gesetzgeber aus -, dann muß er sowohl bei betriebsbedingten als auch bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen vorhanden sein, da es sich jeweils um dieselben Gesichtspunkte mit dem kollektiven Einschlag, nämlich die Widerspruchsgründe nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG, handelt.

§ 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG wäre dann auf personen- und insbesondere verhaltensbedingte Kündigungen unanwendbar, wenn für den Arbeitgeber bei Vorliegen eines entsprechenden Grundes eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auch unter den Bedingungen der Ziff. 3 bis 5 unzumutbar wäre.[2]

---

1) Siehe Hanau, BB 1972, 451, 454 und oben S. 95 ff

2) Vgl. Blank, BB 1972, 536; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 45; Stege-Weinspach, S. 360 f; wohl auch Meisel, S. 162

Diese These setzt sich jedoch leicht der Gefahr einer petitio principii aus. Ein Ausschluß der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen Unzumutbarkeit unterstellt, daß eine Weiterbeschäftigung keine Bedeutung für die Beurteilung der Unzumutbarkeit selbst besitzt. Um die Frage, ob - und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen - nicht eine Weiterbeschäftigung gemäß den Bedingungen der Ziff. 3 bis 5 die Unzumutbarkeit bei personen- und verhaltensbedingten Gründen aufheben kann, geht es aber gerade.

Tragender Grund nicht nur einer personen- und verhaltensbedingten, sondern ebenso einer betriebsbedingten Kündigung ist allgemein der Grundsatz, daß es für den Arbeitgeber unzumutbar ist, den betreffenden Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, wenn entsprechende Gründe vorliegen. Sind z.B. an sich dringende betriebliche Erfordernisse gegeben, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, so ist es dem Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar, den Arbeitnehmer auch weiterhin jedenfalls auf dem bisherigen Arbeitsplatz uneingeschränkt zu beschäftigen. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses schlechthin unzumutbar wäre. Unter den Voraussetzungen der Ziff. 3 bis 5, nämlich bei entsprechenden Veränderungen in der bisherigen Position des Arbeitnehmers, entfällt die Unzumutbarkeit. Einer Bejahung der Widerspruchsgründe nach Ziff. 3 bis 5 kommt die Bedeutung eines Fortfalls der dringenden betrieblichen Erfordernisse zu,[1)] die eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses sonst gerechtfertigt hätten.

Im Unterschied zu einer betriebsbedingten Kündigung fallen jedoch bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen die jeweiligen Gründe, die diesen Kündi-

---

1) Vgl. auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 120 und 123; Gumpert, BB 1972, 47, 50; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 30

gungen ihr besonderes Gepräge geben, nicht weg, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gegeben ist. Eine Minderleistungsfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit bleibt objektiv ebenso bestehen wie sich gleichfalls ein tätlicher Angriff auf einen Arbeitskollegen nicht mehr aus der Welt schaffen läßt.[1] Hieraus Schlüsse auf eine absolute Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bei personen- und verhaltensbedingten Gründen ziehen zu wollen, wäre allerdings deswegen verfehlt, weil auch bei einer betriebsbedingten Kündigung trotz Wegfalls der dringenden betrieblichen Erfordernisse wegen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer die besonderen Umstände, z.B. Rationalisierungsmaßnahmen des Arbeitgebers, die ansonsten eine betriebsbedingte Kündigung gerechtfertigt hätten, ebenfalls - wie die jeweiligen personen- und verhaltensbedingten Gründe - weiterbestehen.

Ein weiterer Unterschied zwischen betriebsbedingten Gründen auf der einen sowie personen- und verhaltensbedingten Gründen auf der anderen Seite besteht darin, daß die Gründe in den beiden zuletzt genannten Fällen unmittelbar auf den Arbeitnehmer selbst abstellen, während die Ursachen der betriebsbedingten Gründe völlig außerhalb der Sphäre des Arbeitnehmers liegen.[2]

---

1) Insofern hat Meisel recht, vgl. S. 162 "Beispiel".

2) Blank, BB 1972, 536 differenziert - in einem anderen Zusammenhang - danach, daß in den Fällen des Abs.3 eine echte Schutzbedürftigkeit bestehe, die bei verhaltensbedingten Kündigungen regelmäßig nicht gegeben sei. Ob eine abgestufte Unterscheidung der Schutzbedürftigkeit je nach Art der Kündigung getroffen werden kann, soll hier auf sich beruhen bleiben. Selbst wenn man bei personen- und vor allem verhaltensbedingten Kündigungen einen etwas niedrigeren Grad an Schutzbedürftigkeit annehmen könnte, so ginge damit die Schutzbedürfitgkeit trotzdem nicht verloren. Für einen Arbeitnehmer ist es, was unmittelbar den Verlust seines Arbeitsplatzes angeht, gleichgültig, ob er diesen durch eine sozialwidrige betriebsbedingte oder durch eine sozialwidrige personen- oder verhaltensbedingte Kündigung verlieren würde. Gerade der besonderen Sicherung des Arbeitsplatzes dient aber § 102 Abs. 3 BetrVG.

Diese Verschiedenheit genügt jedoch gleichfalls nicht, um eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses bei personen- und verhaltensbedingten Gründen absolut auszuschließen. Die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung kann auch bei diesen Gründen zunächst nur auf eine uneingeschränkt fortdauernde Innehabung des bisherigen Arbeitsplatzes bezogen werden. § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG sieht eine Weiterbeschäftigung gerade unter geänderten Bedingungen vor. Eine Unzumutbarkeit auch der Weiterbeschäftigung unter den Voraussetzungen der Ziff. 3 bis 5 ist daher - ebenso wie bei betriebsbedingten Gründen - bei personen- und verhaltensbedingten Gründen dann nicht gegeben, wenn und insoweit sich der jeweilige Grund bei der anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr auswirkt. Daß dies möglich ist, läßt sich wegen der Veränderung der Umstände, unter denen die Weiterbeschäftigung ins Auge zu fassen ist, nicht ausschließen.[1)2)]

b) Die bisherige Betrachtung hat gezeigt, daß die Gründe, die gegen eine Anwendbarkeit des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen geltend gemacht werden, nicht stichhaltig sind. Auf der anderen Seite gibt es außer dem Wortlaut des § 102 Abs. 3 BetrVG und der zitierten Stelle aus der Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG weitere Gesichtspunkte, die dafür sprechen, die Widerspruchsgründe der Ziff. 3 bis 5 auch bei diesen Kündigungen anzuwenden.

---

1) Von den auf S. 107 in Fußn. 2 genannten Autoren sind Stege-Weinspach, S. 360 f und Meisel, S. 161 f so zu verstehen, daß sie - allerdings nur bei verhaltensbedingten Kündigungen - auch keine ausnahmsweise Anwendung des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG befürworten würden. Offen bleibt diese Frage bei Blank, BB 1972, 536.

2) Siehe auch die Beispiele bei Hoechst, AuR 1973, 328, 331

In den Kreis der Überlegungen sind die Rechtswirkungen eines Widerspruchs nach § 102 Abs. 3 BetrVG sowie deren Sinn und Zweck mit einzubeziehen.
In kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht, §1 Abs. 2 S. 2 KSchG, wird durch die Widerspruchsgründe eine Verbesserung des Arbeitnehmerkündigungsschutzes angestrebt.[1] Sie besteht darin, daß die Kündigung nunmehr stets sozial ungerechtfertigt ist, wenn nur einer der Widerspruchsgründe vorliegt und vom Betriebsrat frist- und formgerecht geltend gemacht worden ist.[2] Diese Verbesserung, die auf einen Wegfall der sonst im Rahmen des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG erforderlichen Interessenabwägung hinausläuft,[3] erfaßt als solche jede Art der Kündigung. Die Anwendung des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG und damit ebenso des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG auch auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen bringt daher den Zweck dieser Bestimmungen erst voll zur Geltung.[4]

Durch die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG soll eine sachgerechte Sicherung des Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses erreicht werden.[5] Diese ist gleichfalls nicht auf eine bestimmte Art der Kündigung bezogen. Dem Zweck des § 102 Abs. 5 BetrVG wird daher ebenfalls nur durch eine Anwendung des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG auch auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen unfassend Rechnung getragen.

---

1) Vgl. AusschBer., zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7

2) Vgl. RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 59

3) Siehe dazu im einzelnen unten S. 132 ff

4) Siehe außerdem noch die auf § 1 KSchG bezogenen gesetzessystematischen Überlegungen von Hoechst, AuR 1973, 328, 332

5) Vgl. auch Buchner, Die AG 1973, 58, 62; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 95; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S.28; Schlochauer, RdA 1973, 157, 164; Schaub, § 133 V 2, S. 526; ders., Betriebsrat, S. 249; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1973, 282, 285; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 75 (59); ders., Rdn. 146; Meisel, DB 1972, 1675, 1677 Fußn. 60; ders., S. 174 Fußn. 214. Bei letzterem heißt es wörtlich: "Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses zur sachgerechten Sicherung des Arbeitsplatzes". Das entspricht der Formulierung des AusschBer.; vgl. zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7

Für die Kündigung gilt ferner, daß sie als das schärfste Mittel vom Arbeitgeber nur als letzte Möglichkeit eingesetzt werden darf.[1] **Wenn daher weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen, dann sind sie als die milderen Alternativen zur Kündigung auch voll auszuschöpfen.**

c) Daß auf personenbedingte Kündigungen einer der Tatbestände des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG wegen des besonderen Charakters einer derartigen Kündigung oder der spezifischen Eigenart einzelner Widerspruchsgründe keine Anwendung finden könnte, ist nicht ersichtlich.[2]

d) Die Anwendbarkeit des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG auf verhaltensbedingte Kündigungen ist allerdings - unter entsprechender Zugrundelegung der gleichen Kriterien - erheblich eingeschränkt.

Bei Gründen im Verhalten eines Arbeitnehmers scheidet § 102 Abs. 3 Ziff. 4 BetrVG in aller Regel aus.

---

1) Vgl. Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 197 f; siehe auch Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 45

2) Die Frage, inwieweit die Widerspruchsgründe der Ziff. 3 bis 5 bei einer personenbedingten Kündigung in Betracht gezogen werden können, wird im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet.
Für die uneingeschränkte Anwendung der Ziff. 3 bis 5 auf personenbedingte Kündigungen treten außer dem Verfasser wohl noch Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 197 ein. Sie verlangen jedenfalls - ohne allerdings auf Einzelheiten einzugehen - bei einer personenbedingten Kündigung generell, daß der Arbeitnehmer anderweitig nicht eingesetzt werden kann.
Die Anwendbarkeit der Ziff. 3 bejahen: Bleistein, Rdn. 226; als Ausnahme Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 45.
Die Anwendbarkeit der Ziff. 4 bejahen: Stege-Weinspach, S. 362.
Die ausnahmsweise Anwendbarkeit der Ziff. 5 bejahen: Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 28; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158.

Verhaltensbedingte Gründe, die im allgemeinen von einem Verschulden begleitet werden,[1] lassen deswegen Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen als unzumutbar erscheinen. Andernfalls hätte es der Arbeitnehmer in der Hand, durch bewußtes Verschulden derartige Maßnahmen zu erzwingen. Eine Ausnahme ist allerdings denkbar, soweit bei verhaltensbedingten Gründen ein Verschulden nicht verlangt wird. Das ist möglich, wenn dem Arbeitgeber ein erheblicher Schaden entstanden ist oder Wiederholungen zu befürchten sind.[2] Davon scheidet der erste Gesichtspunkt wegen Unzumutbarkeit ebenfalls aus. Im zweiten Fall kann je nach seiner Gestaltung eine Umschulungs- bzw. Fortbildungsmaßnahme in Betracht kommen.

Im Vordergrund steht die Anwendung der Ziff. 3. Denkbar ist auch ein Widerspruch des Betriebsrates nach Ziff. 5.

Im Gegensatz zur betriebs- und personenbedingten Kündigung ist das Widerspruchsrecht des Betriebsrates bei einer verhaltensbedingten Kündigung in tatsächlicher Hinsicht insofern sehr stark begrenzt, als nicht bei jedem Grund im Verhalten eines Arbeitnehmers eine Weiterbeschäftigung unter anderen Bedingungen als mildere Alternative zur Kündigung in Frage kommen kann. Ein grobes Fehlverhalten[3] zu kompensieren, ist nicht möglich. Ein Widerspruch wäre hier auch bei an sich bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen Unzumutbarkeit nicht beachtlich. Die Grenzlinie hinsichtlich der Schwere des Verhaltens ist dort zu ziehen, wo der Arbeitgeber Verfehlungen zunächst abzumahnen hat. Bleibt

---

1) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

2) Vgl. Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 55

3) Vgl. insoweit auch die von Blank, BB 1972, 536 gegen ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446 erhobenen Bedenken.

eine bereits ausgesprochene Abmahnung wirkungslos, so kann gegen eine dann erklärte Kündigung ein Widerspruchsrecht nicht in Betracht kommen. Es geht also nur um die leichteren Formen des Fehlverhaltens. Sie lassen sich als Fälle relativer Unzumutbarkeit bezeichnen, unzumutbar nämlich nur dann, wenn keine Weiterbeschäftigung unter veränderten Bedingungen möglich ist.

Aber auch nicht jede leichte Verfehlung vermag ohne weiteres schon einen Widerspruch - trotz eines an sich bestehenden Widerspruchsgrundes - zu rechtfertigen. Hinzu kommen muß noch, daß der Arbeitnehmer auf dem neuen Arbeitsplatz die sichere Gewähr bietet, daß eine Wiederholung seines bisherigen Fehlverhaltens unterbleibt.[1)2)] Das ist der Fall, wenn "das störende und die Kündigung auslösende Verhalten des Arbeitnehmers nur wegen der besonderen persönlichen Verhältnisse an diesem Arbeitsplatz (gemeint ist der bisherige - d.Verf.) aufgetreten ist".[3)]

Auf verhaltensbedingte Kündigungen findet daher § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG nur ausnahmsweise Anwendung.[4)]

---

1) Vgl. auch Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 198

2) Daß dies, allerdings in anderen Fällen als dem behandelten Beispiel durchaus möglich sein kann, scheinen Meisel, S. 162 "Beispiel" und außerdem auch Schlochauer, RdA 1973, 157, 158 zu übersehen. Es gibt Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers, deren Entstehen nicht nur von seinem eigenen Willensentschluß abhängt.

3) Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 45; vgl. auch Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 198

4) Vgl. auch Auffarth, S. 71, 77; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 45. Siehe im übrigen auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 71, dessen Ausführungen, wie die angeführten Beispiele zeigen, auch für Gründe im Verhalten Geltung beanspruchen können.

5) Hält sich bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen ein Widerspruch des Betriebsrates in dem hier aufgezeigten Rahmen, so hat er selbstverständlich unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG die Pflicht des Arbeitgebers zur Folge, den Arbeitnehmer zu unveränderten Arbeitsbedingungen vorläufig weiterzubeschäftigen.[1)]

3. Widerspruchsrecht des Betriebsrates und Kündigungsschutz

Seit dem Inkrafttreten des BetrVG ist die Frage sehr umstritten, ob die durch dieses Gesetz erfolgte Änderung des Kündigungsschutzgesetzes in einem Teilbereich zu einer Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes geführt hat.

Ausgangspunkt des Problems ist § 1 Abs. 2 KSchG, des näheren Satz 2, der aufgrund des § 123 Ziff. 1 BetrVG im Hinblick auf das neugeschaffene Widerspruchsrecht des Betriebsrates nach § 102 Abs. 3 BetrVG in das Kündigungsschutzgesetz neu eingefügt wurde. § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG lautet:

"Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung ferner, wenn

1. die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,
2. der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,
3. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder

---

1) Unter diesem Blickwinkel kritisch zur h.M. bezüglich ihrer Ablehnung des § 102 Abs. 3 BetrVG auf verhaltensbedingte Kündigungen Gamillscheg, Nr. 424, S. 467.

4. eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat

und wenn der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat."

Den Hintergrund der Auseinandersetzung bildet die Rechtsprechung aus der Zeit vor dieser Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, nach der die Gründe des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG zu einem erheblichen Teil bereits als Merkmale einer sozialwidrigen Kündigung anerkannt waren, ohne daß es allerdings auf einen Widerspruch seitens des Betriebsrates angekommen wäre.[1)]

Die Änderung des § 1 Abs. 2 KSchG wirft die Frage auf, ob bei Fehlen eines Widerspruchs des Betriebsrates gegen eine beabsichtigte Kündigung die erfolgreiche Geltendmachung eines gleichwohl bestehenden Grundes im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG im Kündigungsschutzverfahren nicht nur im Rahmen des Satzes 2, sondern auch im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG oder, soweit Ziff. 1 des Satzes 2 in Rede steht, über § 1 Abs. 3 KSchG ausgeschlossen ist.

---

1) Vgl. BAG, BB 1973, 1635 f (= DB 1973, 2534) und aus dem Schrifttum Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 284; Gumpert, BB 1972, 47, 50; Hanau, BB 1972, 451, 454; Wagener, BB 1972, 1373, 1374; jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung zur früheren Rechtslage

1) Die "kollektivrechtliche Lösung" nach dem Betriebsrätegesetz

Bekannt ist in diesem Zusammenhang die Sperrfunktion[1] der betrieblichen Arbeitnehmervertretung nach dem Betriebsrätegesetz von 1920. Danach konnte der gekündigte Arbeitnehmer - insbesondere bei einer Kündigung, die sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte - gegen die Kündigung Einspruch erheben. Dieser mußte bei dem Gruppenrat (Arbeiter- bzw. Angestelltenrat) oder, wenn ein solcher fehlte, bei dem Betriebsrat eingelegt werden (vgl. § 84 BRG). Hielt die Arbeitnehmervertretung ihre Anrufung für begründet, so hatte sie zu versuchen, durch Verhandlungen eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Gelang diese Verständigung nicht, so konnte sie oder der betroffene Arbeitnehmer das Arbeitsgericht anrufen (§ 86 BRG). Erachtete der Gruppenrat hingegen den Einspruch für unbegründet, so standen dem Arbeitnehmer keine weiteren rechtlichen Möglichkeiten mehr zur Verfügung, um gegen die Kündigung vorzugehen.[2]

---

1) Vgl. dazu z.B.: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 3. bis 5. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1931, S. 376; Nikisch, Arbeitsrecht, Erster Band, 3. Aufl., S. 750

2) Eine Parallele findet sich im österreichischen Recht in § 25 des Betriebsrätegesetzes vom 28.3. 1947 i.d.F. des Bundesgesetzes vom 13.7.1971 (h.M.); vgl. Floretta-Strasser, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 2. Aufl., Wien 1973, S. 529 f; Floretta, Rechtsdogmatisches und Rechtspolitisches zur Konstruktion und zum Inhalt des allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutzes im Arbeitsrecht, Wien 1971; ders., Das sogenannte Sperrrecht des Betriebsrates beim allgemeinen Kündigungsschutz, in: Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 147.
Vgl. auch Richardi, DB 1970, 880, 883

Die Regelung des Betriebsrätegesetzes verfolgte einen doppelten Zweck.
Einmal sollten überflüssige Prozesse von den Arbeitsgerichten ferngehalten werden.[1] Zum anderen ging es unter dem Blickwinkel Kollektiv- oder Individualschutz - jedenfalls nach der damaligen h.M. - darum, zwar auch die Belange des einzelnen gekündigten Arbeitnehmers zu schützen, in erster Linie aber durch die Einwirkungsmöglichkeit des Gruppenrates die Wahrung der kollektiven Belegschaftsinteressen sicherzustellen.[2] "Nur wenn das durch die Einspruchseinlegung zum Ausdruck gebrachte Individualinteresse sich gegen die Kündigung kehrt und a u ß e r d e m der Gruppenrat durch seine Beschlußfassung zu erkennen gibt, daß Kollektivinteresse und Individualinteresse in einer Richtung laufen, soll der Einspruch verfolgt werden können."[3] Lediglich nach Hueck-Nipperdey lag der Zweck der fraglichen Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes ausschließlich im Schutz des einzelnen Arbeitnehmers.[4] Nur die Durchführung des Schutzes sei stark durch den Kollektivgedanken geprägt gewesen. "Es handelt(e) sich zwar um den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers, aber um diesen Schutz zu verwirklichen bedient(e) sich das Gesetz der Betriebsvertretung."[5]

---

1) Vgl. Flatow-Kahn=Freund, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., Berlin 1931, § 86 III, S. 497; Hueck-Nipperdey, Erster Band, 3. bis 5. Aufl., S. 376

2) Vgl. RAGE 1, 80; Flatow-Kahn=Freund, § 86 III, S. 497; Mansfeld, Betriebsrätegesetz, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1930, Vorbem. vor §§ 81 bis 90, S. 410 und Vorbem. vor §§ 84 bis 99, S. 419

3) Flatow-Kahn=Freund, § 86 III, S. 497

4) Hueck-Nipperdey, Erster Band, 3. bis 5. Aufl., S. 363; siehe auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., Einl. I 4, S. 17

5) Hueck-Nipperdey, Erster Band, 3. bis 5. Aufl., S. 363; siehe auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., Einl. I 4, S. 18

Nach dem Zweiten Weltkrieg war bis zum Inkrafttreten des Bundeskündigungsschutzgesetzes von 1951 das Modell des Betriebsrätegesetzes in einigen Ländern, u.a. auch in Bayern, Vorbild für die landesgesetzliche Regelung eines Arbeitnehmerkündigungsschutzes.[1)]

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, der sich mit der Zulässigkeit der Sperrfunktion des Betriebsrates zu befassen hatte,[2)] kam zu dem Ergebnis, daß die Bestimmung, die die Klage des Arbeitnehmers gegen eine Kündigung des Arbeitgebers beim Arbeitsgericht in den Fällen ausschloß, in denen der Betriebsrat den Einspruch gegen die Kündigung nicht für berechtigt hielt, mit der Bayerischen Verfassung in Widerspruch stehe und daher nichtig sei. Der Gerichtshof sah in der ablehnenden Stellungnahme des Betriebsrates eine - bindende und endgültige - Entscheidung über das geltend gemachte, gegen den Arbeitgeber gerichtete Einspruchsrecht des Arbeitnehmers und damit über eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Das habe einen Verstoß gegen Art. 177 der Bayerischen Verfassung[3)] dargestellt.[4)] Für den Fall, daß der ablehnenden Stellungnahme des Betriebsrates nicht die Bedeutung einer Entscheidung über das Recht des Arbeitnehmers, sondern ausschließlich die eines Prozeßhindernisses zukommen sollte, stützte der Gerichtshof seine Meinung über die Verfassungswidrigkeit der Sperrwirkung des

---

1) Bayer. Kündigungsschutzgesetz vom 1.8.1947 (GVBl. S. 165); später §§ 67 ff des Bayer. Betriebsrätegesetzes vom 25.10.1950 (GVBl. S. 227)

2) Entsch. d. BayerVfGH vom 4.4.1952, BayerGVBl. 1952 S. 203

3) Art. 177 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946 (BayBS, S. 3) lautet: "Arbeitsstreitigkeiten werden durch Arbeitsgerichte entschieden, die aus einer gleichen Anzahl von Arbeitnehmern und Arbeitgebern und einem unabhängigen Vorsitzenden zusammengesetzt sind."

4) BayerGVBl. 1952 S. 203, 209

Betriebsrates darauf, das eine wesentliche Grundlage der Verfassung bildende Rechtsstaatsprinzip verlange allgemein, daß zur Verfolgung von Rechtsansprüchen die zuständigen staatlichen Gerichte müßten angerufen werden können. Hiermit sei es unvereinbar gewesen, daß die Zulässigkeit des Rechtsweges ausgeschlossen werde, wenn der Betriebsrat die Rechtsgrundlagen eines geltend gemachten arbeitsrechtlichen Anspruchs verneine.[1)]

Das Kündigungsschutzgesetz von 1951 räumte dem Betriebsrat keine Sperrfunktion ein,[2)] sondern eröffnete dem gekündigten Arbeitnehmer, sofern er unter die Bestimmungen des Gesetzes fiel, unmittelbar den Weg zu den Arbeitsgerichten.[3)] Geblieben von der "kollektivrechtlichen" Lösung des Betriebsrätegesetzes war nur die - fakultative - Vermittlungsfunktion des Betriebsrates nach § 3 KSchG.[4)]

2) Die Rechtslage nach § 1 Abs. 2 KSchG n.F.

1) Eine - der Regelung des Betriebsrätegesetzes vergleichbare - Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes gegenüber der bisherigen Rechtslage durch § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG wird in der Rechtsprechung vom Landesarbeitsgericht Hamm[5)] und Arbeitsgericht Bremerhaven[6)] sowie von einem Teil des Schrifttums (Blomeyer, Buchner, Gumpert, Meisel, Sahmer,

---

1) BayerGVBl. 1952 S. 203, 209

2) Das gilt außerdem für das BetrVG 1952

3) Siehe auch BAG AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952

4) Vgl. Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 3 Rdn. 1

5) LAG Hamm, DB 1973, 482

6) ArbG Bremerhaven v. 8.6.1972 - 1 Ca 202/72 -, zitiert nach: Brill, Beilage Nr. 3 zu BB 1973, S. 10 und Etzel, BlStSozArbR 1973, 259, 260

Stege-Weinspach, Wagener)[1)2)] bejaht. Zur Begründung werden im wesentlichen der Wortlaut[3)] des § 1 Abs. 2 KSchG, die Materialien zum BetrVG (Ausschußbericht)[4)] und § 99 BetrVG[5)] angeführt. Bezüglich § 99 BetrVG ist Ausgangspunkt die Überlegung, daß in der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers an einem anderen Arbeitsplatz eine dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG unterliegende Versetzung zu sehen ist. Während Meisel[6)] darauf abstellt, daß der Betriebsrat bei einer Zustimmung zur Kündigung oder bei Nichteinlegung eines Widerspruchs damit praktisch seine Zustimmung zur Versetzung des Arbeitnehmers verweigere, steht Gumpert[7)] auf dem Standpunkt, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in Fällen umgangen würde, "in denen im Wege der Kündigungsschutzklage eine Versetzung ohne vorherige Einschaltung des Betriebsrates erzwungen werden könnte."[8)]

---

1) Blomeyer, Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, herausgegeben von G. Hueck und Richardi, München 1973, S. 147, 152 f; Buchner, Die AG 1973, 58, 61 f (a.A. ders., Die AG 1971, 189, 195); Gumpert, BB 1972, 47, 50, auch S. 51; Meisel, DB 1972, 1675, 1679; ders., S. 187 f; Sahmer, § 102 Anm. 24; Stege-Weinspach, S. 370; Wagener, BB 1972, 1373 ff

2) Hierzu können wohl auch noch gezählt werden: Galperin, S. 129 f; Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 85e.
Ohne eigene Stellungnahme: Hoechst, AuR 1973, 328, 332

3) LAG Hamm, DB 1973, 482, 483; Wagener, BB 1972, 1373, 1374; vgl. auch Meisel, DB 1972, 1675, 1679; ders., 187 f

4) Meisel, DB 1972, 1675, 1679; ders., S. 187; ferner Blomeyer, S. 152 f und Buchner, Die AG 1973, 58, 62

5) Gumpert, BB 1972, 49, 50; Meisel, DB 1972, 1675, 1679

6) Meisel, DB 1972, 1675, 1679

7) Gumpert, BB 1972, 47, 50

8) Gumpert, BB 1972, 47, 50

Demgegenüber stimmen das Bundesarbeitsgericht[1] und der überwiegende Teil des Schrifttums (Adomeit, Auffarth, Brede, Dietz-Richardi, Erdmann-Jürging-Kammann, Fitting-Auffarth, Gamillscheg, Göttling-Hoentges-Zepp, Gnade-Kehrmann-Schneider, Hanau, Heckelmann, Kitzelmann, Otto, Richardi, Rohlfing-Rewolle, Schaub)[2] in dem Grundsatz überein, daß die Gründe des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG auch nach Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, soweit sie bereits nach der bisherigen Rechtsprechung im Rahmen des Satzes 1 berücksichtigt worden sind, vom Gericht in diesem Rahmen auch weiterhin mitgeprüft werden müssen, selbst wenn der Betriebsrat keinen Widerspruch eingelegt hat. Gestützt wird diese Ansicht vor allem auf folgende Überlegungen: In den Fällen des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG handele es sich um einen absoluten Grund für die Sozialwidrigkeit der Kündigung, bei dessen Vorliegen es einer sonst erforderlichen Interessenabwägung nicht mehr bedürfe.[3] Der individuelle Kündigungsschutz habe erweitert[4] bzw. verbessert[5] werden sollen. Die Versetzungsmög-

---

1) BAG, BB 1973, 1635

2) Adomeit, AR-Blattei, Kündigungsschutz I, B III 1b, bb und D II 1e; Auffarth, S. 71, 77; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 124; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 28; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 13 und 14; Gamillscheg, Nr. 237 lit. b, S. 258, 259 f; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 284 f; Gnade-Kehrmann-Schneider, § 102 Rdn. 11; Hanau, BB 1972, 451, 454; ders., RdA 1973, 281, 289 (a.A. ders., BB 1971, 485, 489); Heckelmann, ZfA 1973, 425, 492 f; Kitzelmann, BUV 1972, 209, 216 f; ders., AuR 1973, 302, 304; Otto, DB 1972, 731; ders., DB 1973, 671; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31 f; Rohlfing-Rewolle, § 1 Anm. 30, S. 69 f; Schaub, § 133 II 2, S. 525

3) Vgl. BAG, BB 1973, 1635, 1637; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 124; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31 f; ferner Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18 und Otto, DB 1973, 671

4) Adomeit, AR-Blattei, Kündigungsschutz I, D II 1e; Auffarth, S. 71, 77; Hanau, RdA 1973, 281, 289

5) BAG, BB 1973, 1635, 1636; Kitzelmann, AuR 1973, 302, 304 f; Otto, DB 1973, 671

lichkeiten im selben Betrieb z.B. seien auch schon "nach altem Recht auf Grund der unveränderten Fassung des Satzes 1 diskutiert worden".[1] Ferner wird auf die durch die Abhängigkeit vom Betriebsrat bedingte Einschränkung des Kündigungsschutzes,[2] des näheren auf die Verminderung des gerichtlichen Rechtsschutzes[3] und im übrigen auf die Lösungsschwierigkeiten bei betriebsratslosen Betrieben[4] verwiesen.

Nach dem Wortlaut der Interpretation, die Richardi[5] dem § 1 Abs. 2 KSchG gibt, sind selbst die Gründe des Satzes 2, soweit sie über die bisherige Rechtsprechung hinausgehen, auch wenn kein Widerspruch des Betriebsrates vorliegt, im Rahmen des Satzes 1 mit zu berücksichtigen. Das Bundesarbeitsgericht[6] läßt diese Frage hinsichtlich echt neuer Gründe ausdrücklich offen. Kitzelmann[7] verneint sie.

---

1) Otto, DB 1972, 731

2) BAG, BB 1973, 1635, 1636; Kitzelmann, AuR 1973, 302, 305 f; Otto, DB 1972, 731; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31 f; siehe auch Hanau, BB 1972, 451, 454

3) BAG, BB 1973, 1635, 1636; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 284

4) BAG, BB 1973, 1635, 1636 f; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 284; Kitzelmann, BUV 1972, 209, 216 f; Otto, DB 1972, 731; ders., DB 1973, 671, 672; auch Hanau, BB 1972, 451, 454 und Kitzelmann, AuR 1973, 302, 306

5) Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31 f. Dort heißt es: "Man kann die Bestimmung in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vielmehr auch so interpretieren, daß hier bei Widerspruch des Betriebsrates die Kündigung stets sozial ungerechtfertigt ist, wenn einer der genannten Gründe vorliegt, während sonst für die Feststellung der Sozialwidrigkeit maßgebend ist, daß sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind. Daher kann man das Arbeitsgericht als berechtigt ansehen, bei der Nachprüfung, ob eine ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt ist, auch die in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG genannten Gründe einzubeziehen, auch wenn der Betriebsrat der Kündigung nicht oder aus keinem dieser Gründe widersprochen hat." Ebenso Dietz-Richardi, § 102, Rdn. 124. In dieser Richtung auch Otto, DB 1972, 731.

6) BAG, BB 1973, 1635, 1637

7) Kitzelmann, BUV 1972, 209, 216 f; ders., AuR 1973, 302, 306; wohl auch Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 285

2) In der Diskussion um die Verwertbarkeit der Widerspruchsgründe des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG außerhalb des Satzes 2 für den Fall, daß der Betriebsrat keinen Widerspruch einlegt, werden nur die Gründe für eine Weiterbeschäftigung (Ziff. 2 bis 4) erörtert, nicht jedoch die Rolle der Auswahlrichtlinien (Ziff. 1). Es fragt sich aber, ob nicht auch § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG in den hier zu erörternden Fragenkreis mit einzubeziehen ist. Je nach dem Inhalt dieser Richtlinien könnte bei Fehlen eines Widerspruchs seitens des Betriebsrates ein Rückgriff auf Abs. 2 S. 1 oder auf Abs. 3 ausgeschlossen sein.

a) Das Hauptgewicht der Richtlinien nach § 95 BetrVG liegt nicht im Bereich der Kündigung, sondern in dem der Einstellung.[1)] Einigkeit besteht darin, daß Kündigungsgründe, die gemessen an § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG keine sind, auch nicht durch Auswahlrichtlinien geschaffen werden können.[2)] Grundsätzlich herrscht außerdem Übereinstimmung darüber, daß Kündigungsrichtlinien nur für betriebsbedingte, nicht aber auch für personen- oder verhaltensbedingte Kündigungen aufgestellt werden können.[3)4)] Bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen scheidet eine personelle Auswahl aus.[5)]

---

1) Siehe auch Gamillscheg, Nr. 416, S. 457

2) Vgl. Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 42 und § 102 Rdn. 119; Gumpert, BB 1972, 47, 49; Galperin, S. 116 Fußn. 14; Wagener, BB 1972, 1373. Siehe auch Hanau, BB 1972, 451, 452.

3) Arbeitsring der Arbeitgeberverbände der Deutschen Chemischen Industrie, Betriebsverfassungsgesetz 72, Heidelberg 1972, S. 212; Blank, BB 1972, 536; Brecht, § 102 Rdn. 2; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Erdmann-Jürging-Kammann, § 95 Rdn. 20; Deutsche Gesellschaft für Personalführung, Die personalpolitischen Konsequenzen des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, Neuwied und

Berlin 1972, S. 76; Gumpert, BB 1972, 47, 49; Maus, KSchG, § 102 Rdn. 258; Meisel, DB 1972, 1675; ders., S. 160; Schlochauer, RdA 1973, 157, 158; Stege-Weinspach, S. 287.
Keine ganz klare Stellungnahme beziehen in dieser Frage: Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 3 und 7 b; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 6; Philipp, BB 1972, 219; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31; Schaub, Betriebsrat, S. 224; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 70 (54). Das Gegenteil, nämlich die Anwendbarkeit des § 95 BetrVG auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen, wird jedenfalls nicht ausdrücklich behauptet.

4) A.A. Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 41 und § 102 Rdn. 87.
Richardi übersieht, daß der Begriff der Auswahl bei Kündigungen durch § 1 Abs. 3 KSchG festgelegt ist und demzufolge nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht kommt. Eine Auswahl setzt außerdem zwingend voraus, daß zwischen mehreren Arbeitnehmern gewählt werden kann. Bei einer von Richardi über Auswahlrichtlinien für möglich gehaltenen Konkretisierung der Kriterien, die für die Personen- und Verhaltensbedingtheit einer Kündigung von Bedeutung sind, spielt dieser Gesichtspunkt jedoch, wie auch die Beispiele aaO. zeigen, gerade keine Rolle. Er widerspricht sich daher, wenn er es einerseits für zutreffend hält, daß bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen eine Auswahl nicht stattfinden kann, andererseits aber dennoch die Aufstellung von Auswahlrichtlinien für möglich ansieht. Es handelt sich bei der von ihm angesprochenen Konkretisierung eben nicht mehr um "Auswahl"richtlinien.
Richardi kommt im übrigen selbst zu dem Ergebnis, daß Auswahlrichtlinien praktische Bedeutung nur bei betriebsbedingten Kündigungen haben, vgl. Rdn. 43.
Siehe auch die nachfolgenden Ausführungen.

5) Vgl. Blank, BB 1972, 536; Brecht, § 102 Rdn. 2; Erdmann-Jürging-Kammann, § 95 Rdn. 20; Deutsche Gesellschaft für Personalführung, S. 76; Gumpert, BB 1972, 47, 49; Stege-Weinspach, S. 287.
Siehe auch Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 6.
Siehe ferner die vorstehende Fußnote.

b) Es wird die Ansicht vertreten, daß sich Auswahlrichtlinien für eine betriebsbedingte Kündigung auf eine Konkretisierung der dringenden betrieblichen Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betriebe entgegen stehen, erstrecken könnten.[1] Folgte man dieser Meinung, ließe sich möglicherweise auch hier die Ansicht vertreten, daß, soweit derartige Konkretisierungen in einer Richtlinie nach § 95 BetrVG vorgenommen werden, bei Fehlen eines Widerspruchs des Betriebsrates ein Rückgriff auf Satz 1 ausscheidet, weil - analog der Argumentation zu Ziff. 2 bis 4 - eine Verselbständigung einzelner Elemente des Satzes 1 in Satz 2 Ziff. 1 erfolgt ist.

Voraussetzungen der Betriebsbedingtheit einer Kündigung zu konkretisieren, kann jedoch nicht Gegenstand von Auswahlrichtlinien sein.[2] Nach Wortlaut und Sinn des § 95 BetrVG können sich diese Richtlinien nur auf die Auswahl bei Kündigungen beziehen. Der Auswahl des zu Kündigenden durch den Arbeitgeber ist seine Entscheidung vorgelagert, ob überhaupt wegen dringender betrieblicher Erfordernisse gekündigt werden kann und soll, was davon abhängt, ob die Lage des Betriebes eine Entlassung notwendig macht.[3] Hierbei spielt die Frage, welchem oder welchen konkreten Arbeitnehmern gekündigt wird, zunächst (noch) keine maßgebende Rolle, wohl aber die, ob die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung vorliegen. Eine "Auswahl"-

---

1) Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 43, § 102 Rdn. 87 und 119; Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 7b; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31

2) Vgl. auch Gumpert, BB 1972, 47, 49 f; Maus, KSchG, § 102 Rdn. 258. Siehe ferner Hautmann/Schmitt, S. 166.
Mit Blick auf eine Regelung der "personellen Auswahl" äußert Zweifel auch Hanau, ZfA 1972, Sonderheft, S. 71, 75.

3) Vgl. auch Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 72

möglichkeit[1] gibt es insoweit jedoch nicht. Näher konkretisierte Voraussetzungen der Betriebsbedingtheit stehen nur in Bezug zur Entscheidung des Arbeitgebers darüber, ob er überhaupt kündigen kann. Lediglich die Auswahl des zu Kündigenden, die die Durchführung[2] des bereits grundsätzlich gefaßten Kündigungsentschlusses betrifft, kann Gegenstand einer Auswahlrichtlinie sein.

Ebensowenig können mit Hilfe von Auswahlrichtlinien allgemeine Voraussetzungen zur Vermeidung von Kündigungen durch Umsetzung, Umschulung, Fortbildung oder durch einverständliche Änderungen der Arbeitsbedingungen festgelegt werden.[3] Bei Grundsätzen zur Verhinderung von Kündigungen spielt naturgemäß die Frage einer Auswahl der zu Kündigenden, auf die § 95 BetrVG abstellt, keine Rolle. § 95 BetrVG geht von der Erforderlichkeit der Kündigung aus und regelt nur die Frage der dann zu treffenden personellen Auswahl. Im übrigen ist, was die Vermeidung von Kündigungen gerade unter den oben erwähnten Gesichtspunkten angeht, dem Betriebsrat bereits ein Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 bis 5 BetrVG eingeräumt, das sich im Kündigungsschutzverfahren über § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG auswirkt.[4][5]

Fragen des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG können somit nicht Gegenstand von Auswahlrichtlinien sein. § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG kommt daher insoweit bei der Betrachtung

---

1) Siehe allgemein zu diesem Punkt auch Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 143; Erdmann-Jürging-Kammann, § 95 Rdn. 6.
Vgl. ferner S. 125 Fußn. 4.

2) Vgl. auch AusschBer., zu BT-Drucksache VI/2729, S. 30

3) So aber Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 7b; ferner Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 43

4) Vgl. auch Raatz, Beilage Nr. 1 zu BB 1972, S. 9

5) Es wird nicht in Frage gestellt, daß die hier in Rede stehenden Aspekte in allgemeinen personellen Richtlinien eine konkretisierende Regelung finden können. Nur unterliegen derartige Richtlinien nicht dem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 95 Abs. 1 BetrVG oder sogar seinem Initiativrecht nach § 95 Abs. 2 BetrVG.

über eine Einschränkung des Kündigungsschutzes keine Bedeutung zu, als hier auch vom Boden der Ansicht aus, die in den Fällen der Ziff. 2 bis 4 eine Einschränkung im Hinblick auf Satz 1 für möglich erachtet, keine Verkürzung des Kündigungsschutzes in Betracht kommen kann.

c) Die Bedeutung der Kündigungsrichtlinien nach § 95 BetrVG beschränkt sich allein auf die personelle Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen.[1] Denkbar wäre dann allerdings, daß sich die Frage nach einer Einschränkung des Kündigungsschutzes durch § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG bei Nichteinlegung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat insofern stellt, als bereits nach dem Gesetz, nämlich nach § 1 Abs. 3 KSchG, Kriterien für eine personelle Auswahl bestehen und die Richtlinien unter dem Regelungsgesichtspunkt dieses Gesetzes ebenfalls derartige Grundsätze aufstellen.

Unter diesem Gesichtspunkt interessiert, welchen Inhalt[2] eine Auswahlrichtlinie bei Kündigungen haben kann. Die Betriebsparteien können einmal Grundsätze über den Kreis der in Betracht kommenden Arbeitnehmer festlegen.[3] Zu denken ist hier an die Aufstellung von Kriterien, anhand deren sich die Gleichartigkeit der Tätigkeit von Arbeitnehmern ermitteln läßt.[4] Sie

---

1) Vgl. auch Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 143; Blank, BB 1972, 536; Galperin, S. 116 Fußn. 14; Gumpert, BB 1972, 46, 49; Hautmann/Schmitt, S. 116; Maus, KSchG, § 1 Rdn. 258; Wagener, BB 1972, 1373; Stege-Weinspach, S. 287

2) Vgl. im übrigen auch die Muster für Auswahlrichtlinien bei Kündigungen von: Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, Arbeitsunterlagen für die Personalarbeit, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1972, S. 60; Halberstadt-Zander, Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, 2. Aufl., Köln 1972, S. 338; Deutsche Gesellschaft für Personalführung, S. 117; Stege-Weinspach, S. 292

3) Vgl. Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 70 (54)

4) Vgl. auch Meisel, S. 158; Stege-Weinspach, S. 288, 292

können ferner Regeln über die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern vereinbaren, die durch betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechtigte betriebliche Bedürfnisse bedingt ist (§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG).[1] Insbesondere kommen jedoch Regeln über die für eine personelle Auswahl maßgebenden sozialen Gesichtspunkte und deren Gewichtung (Rangordnung) als Inhalt von Kündigungsrichtlinien in Betracht.[2] Diese kann auch im Rahmen eines Punktsystems vorgenommen werden.[3]

Darüber hinaus, und hierin liegt das eigentlich Neue der Kündigungsrichtlinie, vermag sie, wenn ein Initiativrecht des Betriebsrates nach § 95 Abs. 2 BetrVG besteht, zu einer Einschränkung oder gar Aufhebung des dem Arbeitgeber trotz § 1 Abs. 3 KSchG an sich noch, wenn auch im engen Rahmen verbleibenden Ermessens bei der personellen Auswahl zu führen. Ein von § 1 Abs. 3 KSchG nicht erfaßter Ermessensspielraum steht dem Arbeitgeber nämlich insofern zur Verfügung, als eine Abwägung der maßgebenden Umstände auch bei Berücksichtigung aller Momente - insbesondere für den Fall einer größeren Zahl von Arbeitnehmern, unter denen die Wahl zu treffen ist - zu dem Ergebnis kom-

---

1) Vgl. Arbeitsring der Arbeitgeberverbände der Deutschen Chemischen Industrie, S. 212; Meisel, S. 63; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 70 (54); Stege-Weinspach, S. 288, 292.
Zweifelnd Gumpert, BB 1972, 47, 49.
A.A. Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, wie Fußn. 2 auf S. 128, S. 60; offenbar auch Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 44.

2) Vgl. Arbeitsring der Arbeitgeberverbände der Deutschen Chemischen Industrie, S. 212; Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 7b; Hanau, BB 1972, 451, 452; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 4; Meisel, S. 63 f und S. 158 f; Schneider, BlStSozArbR 1973, 60, 61; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 70 (54); Stege-Weinspach, S. 288, 292

3) Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 7b; Meisel, S. 64 und S. 159 und insbesondere Philipp, BB 1972, 219

men kann, daß sich bei einigen Arbeitnehmern nicht feststellen läßt, welcher von einer Kündigung härter betroffen sein würde und daher nicht entlassen werden darf. Hier ist der Arbeitgeber in seiner Entscheidung grundsätzlich frei - die Auswahl kann z.B. auch nach Leistungsgesichtspunkten erfolgen -,[1] gebunden nur durch § 75 BetrVG. Nunmehr ist es durch Kündigungsrichtlinien jedoch möglich, diesen dem Arbeitgeber noch verbleibenden Spielraum bei nach dem Gesetz gleichen Tatbeständen unter Umständen sogar aufzuheben.[2)3)]

Allerdings ist dieser Gesichtspunkt als möglicher Inhalt einer Auswahlrichtlinie in dem hier zur Erörterung stehenden Problemkreis ohne Bedeutung. Selbst bei einer Vereinbarung der Betriebspartner über Auswahlkriterien für den Fall derartiger gleichgelagerter, weil nach § 1 Abs. 3 KSchG im Ergebnis gleich zu beurteilender Tatbestände würde die Nichteinlegung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat bei Verstoß des Arbeitgebers gegen diese Richtlinie in keinem Fall eine Verkürzung des Kündigungsschutzes insofern zur Folge haben, als eine Verwertbarkeit dieses Gesichtspunktes im Rahmen anderer Vorschriften, hier also des § 1 Abs. 3 KSchG, ausgeschlossen sein würde. Da die Auswahl unter Arbeitnehmern, auf die sich eine Kündigung in sozialer Hinsicht gleich auswirken würde, in § 1 Abs. 3 KSchG nicht geregelt ist, kann dieser Punkt dort auch keine Rolle spielen. Es fehlt jede gesetzliche Grundlage für eine Rückgriffsmöglichkeit.[4)5)]

Zusammenfassend hat sich also gezeigt, daß - ähnlich wie bei den Ziff. 2 bis 4 - auch bei Ziff. 1 Gesichtspunkte Gegenstand von Auswahlrichtlinien sein können, die bereits in einer anderen kündigungsschutzrechtlichen Vorschrift enthalten sind. Es erhebt sich daher auch insoweit die Frage, ob für den Fall des Bestehens einer entsprechenden Auswahlrichtlinie und der Nichteinlegung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat

---

1) Vgl. auch Stege-Weinspach, S. 288, 292

2) Siehe auch Gamillscheg, Nr. 416, S. 458; vgl. ferner Wagener, BB 1972, 1373

3) Zu eng Deutsche Gesellschaft für Personalführung, S. 77, wenn es dort heißt, die Auswahlrichtlinien bei Kündigungen könnten nur eine Konkretisierung der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes sein.

4) Aus dem gleichen Grunde wird von einer Erörterung der Fragen Abstand genommen, ob in Auswahlrichtlinien Verfahrens- oder soziale Folgeregelungen aufgestellt oder durch sie die Unkündbarkeit von Arbeitnehmern erreicht werden kann.
Zur Frage der Verfahrensregeln: Vgl. Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 8 (betr. Verfahren zur Ermittlung der zu beachtenden fachlichen, persönlichen und sozialen Gesichtspunkte); siehe auch Meisel, S. 62 und Raatz, Beilage Nr. 1 zu DB 1972, S. 9. Ferner Hanau, BB 1972, 451, 452 und Halberstadt-Zander, S. 338 (betr. Verfahrensfragen allgemeiner Art).
Zur Frage der sozialen Folgeregelungen: Hanau, RdA 1973, 281, 283 (ablehnend).
Zur Frage der Unkündbarkeit: Bejahend Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 5 und Hanau, BB 1972, 451, 452; zweifelnd Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 70 (54); ablehnend Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 42; Erdmann-Jürging-Kammann, § 95 Rdn. 26; siehe auch Raatz, Beilage Nr. 1 zu DB 1972, S. 9.

5) Gegen § 95 BetrVG werden verfassungsrechtliche Bedenken insbesondere aus dem Blickwinkel der Art. 2, 12 und 14 GG (unzulässige Beschränkung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit) geltend gemacht; siehe Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 4 mit einschlägigen Schrifttumshinweisen.
Soweit es um Kündigungsrichtlinien geht, die sich im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG halten, ist § 95 BetrVG sicher nicht verfassungswidrig. Bei Kollision der Auswahlrichtlinie mit § 1 Abs. 3 KSchG besitzt letztere Vorschrift als zwingende Regelung den Vorrang (allgemeine Ansicht, vgl. S. 135, 136 mit Fußn. 1). Was den oben zuletzt erörterten Aspekt betrifft, so kann insoweit die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Kündigungsrichtlinie hier dahingestellt bleiben, da es auf diesen Punkt nicht ankommt.

trotz Verstoßes gegen die Richtlinie seitens des Arbeitgebers eine Einschränkung des Kündigungsschutzes in dem Sinne erfolgt, daß ein Rückgriff auf § 1 Abs. 3 KSchG ausgeschlossen ist. § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG muß daher in die Erörterung über eine Einschränkung des Kündigungsschutzes mit einbezogen werden.

3) Der reine Wortlaut des § 1 Abs. 2 KSchG spricht zunächst für eine Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes.[1] Diese Auffassung läßt sich insbesondere auf das Wort "ferner" in Satz 2 stützen.

4) Weiteres, "ungeschriebenes" Tatbestandsmerkmal des Satzes 1 ist jedoch nach der Rechtsprechung die Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung und der des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses.[2] Das gilt auch für die betriebsbedingte Kündigung.[3] Auf diesem Hintergrund ist Satz 1 als generalklauselartiger Grundtatbestand zu sehen, dem der Gesetzgeber zumindest die von der Rechtsprechung bereits anerkannten Fallgruppen entnommen hat, um sie in § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG einerseits durch Hinzufügung eines weiteren im Grundtatbestand nicht enthaltenen Tatbestandsmerkmals - des Widerspruchserfordernisses seitens des Betriebsrates - dem Tatbestand des Satzes 1 gegenüber zu qualifizieren, andererseits aber auch, um sie zu privilegieren. Diese Privilegierung im Hinblick auf Satz 1

---

1) Insofern zutreffend: LAG Hamm, DB 1973, 482, 483; siehe auch Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 124 und Hoechst, AuR 1973, 302, 305

2) Vgl. BAGE 1, 117, 119 f; Galperin, RdA 1966, 361, 364; Adomeit, AR-Blattei, Kündigung IX, B II 3; Maus, KSchG, § 1 Rdn. 156; G. Müller, Die personen- und verhaltensbedingte sowie die betriebsbedingte Kündigung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 1, Berlin 1964, 19 ff; ferner Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 46 mwN.

3) BAGE 9, 36, 43 f

besteht darin, daß aufgrund der fest umrissenen Widerspruchsgründe und der Hinzufügung des Widerspruchserfordernisses die im Rahmen des Satzes 1 wegen dessen generalklauselartigen Umfanges sonst notwendige Interessenabwägung, mithin die Berücksichtigung aller weiteren Umstände, entfällt.[1)2)] Es liegt ein absoluter Grund für die Sozialwidrigkeit der Kündigung vor.[3)] Satz 2 enthält bei dieser Sicht gegenüber Satz 1 durch den Wegfall der sonst von der Rechtsprechung geforderten Interessenabwägung ein "minus", das auf der anderen Seite durch das "plus" des neuen Tatbestandsmerkmals "Widerspruch des Betriebsrates" ausgeglichen wird. Da die Neuregelung nicht alle Merkmale der Generalklausel umfaßt, ist sie dieser gegenüber keine lex specialis. Scheidet eine Sozialwidrigkeit der Kündigung nach Satz 2 Ziff. 2 bis 4, weil der Betriebsrat keinen Widerspruch eingelegt hat, aus, so bleibt dann immer noch der Weg über Satz 1.

---

1) Vgl. BAG, BB 1973, 1635, 1637; Brede, BlStSozArbR 1973, 17, 18; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 124; Otto, DB 1973, 671; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31 f; ferner Schaub, § 133 II 2, S. 525. Diese Auslegung entspricht außerdem der Intention des Gesetzgebers, wie sie in der RegEBegr. - BT-Drucksache VI/1786, S. 59 - betr. die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum Ausdruck kommt: "Die Vorschrift stellt in Erweiterung des bisherigen § 1 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes klar, daß die Kündigung stets sozial ungerechtfertigt ist, wenn einer dieser Widerspruchsgründe vorliegt und vom Betriebsrat frist- und formgerecht geltend gemacht worden ist."

2) Den hier hereinspielenden Gedanken der Interessenabwägung als eines "ungeschriebenen" gesetzlichen Tatbestandsmerkmals übersieht Meisel, S. 188 Fußn. 227, bei seinem Einwand gegen Richardi. Selbstverständlich müssen, sofern die Widerspruchsgründe in Rede stehen, insoweit alle Umstände berücksichtigt werden. Das ist aber etwas anderes als die umfassende Berücksichtigung aller Umstände im Rahmen einer Interessenabwägung nach Satz 1. Vgl. auch BAG, BB 1973, 1635, 1637.

3) BAG, BB 1973, 1635, 1637

Zur Untermauerung dieser Auffassung kann sodann ebenfalls zwanglos auf den Wortlaut des § 1 Abs. 2 KSchG auch unter dem Gesichtspunkt des Wortes "ferner" in Satz 2 zurückgegriffen werden, wenn man es nämlich im Hinblick auf das "ungeschriebene" Tatbestandsmerkmal der Interessenabwägung in Satz 1 sieht, die in Satz 2 wegfällt.

Die Privilegierung tritt zutage, wenn z.B. zwar eine Versetzungsmöglichkeit an sich gegeben ist, eine Interessenabwägung nach Satz 1 im konkreten Fall jedoch dazu führt, daß die Interessen des Arbeitnehmers zurückzutreten haben, der Betriebsrat aber gleichwohl Widerspruch eingelegt hat. Nach Satz 1 ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, während sie das nach Satz 2 nicht ist.

Soweit die Tatbestände des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG über die bisherige Rechtsprechung hinaus neue Elemente enthalten, bestehen - mit Ausnahme der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens[1] - unter dem Blickwinkel des hier entwickelten systematischen Verhältnisses zwischen Satz 1 und Satz 2 keine Bedenken, diese neuen Aspekte auch bei Fehlen eines Widerspruchs im Rahmen des Satzes 1 mit zu berücksichtigen.[2] Satz 1 als Generalklausel verlangt vielmehr deren Einbeziehung.

---

1) Dazu unten S. 155 ff

2) Im Ergebnis ebenso: Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 124; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 31 f; in dieser Richtung auch Otto, DB 1972, 731. Vgl. ferner BAG, BB 1973, 1635, 1637. Es hält Satz 1 neben Satz 2 insoweit für anwendbar, wie sich die für beide Bestimmungen erheblichen Tatbestände decken.
A.A.: Kitzelmann, BUV 1972, 209, 216 f; ders., AuR 1973, 302, 306; wohl auch Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 285.

5) Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese systematische Auslegung auch für § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG zutreffend ist.

Eine ausreichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nach § 1 Abs. 3 KSchG verlangt eine ebenfalls umfassende Interessenabwägung.[1] Man könnte daher sagen, daß in der gleichen Weise, wie in Abs. 2 Ziff. 2 bis 4 bestimmte Elemente einer sozialwidrigen betriebsbedingten Kündigung, die bereits in Abs. 2 S. 1 enthalten sind, gesondert herausgestellt werden, sich auch in den Auswahlrichtlinien einzelne soziale Gesichtspunkte, die sonst in § 1 Abs. 3 KSchG zu beachten sind, besonders hervorheben lassen. Legt der Betriebsrat trotz Verstoßes des Arbeitgebers gegen die Richtlinie keinen Widerspruch ein, so könnte dann der jeweilige Gesichtspunkt möglicherweise nicht mehr im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG berücksichtigt werden.

In einer Auswahlrichtlinie können jedoch einzelne soziale Gesichtspunkte nicht verabsolutiert werden.[2] Der Sinn dieser Richtlinie besteht nicht darin, über ihre Rechtswirkung im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes eine Änderung zwingenden Gesetzesrechtes herbeiführen zu können.[3] Zwar handelt

---

1) Vgl. Adomeit, AR-Blattei, Kündigungsschutz I, B III 1b, aa; Erdmann-Jürging-Kammann, § 95 Rdn. 22; Gumpert, BB 1972, 47, 49; Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 73; Schaub, § 238 V 2, S. 868; ders., Betriebsrat, S. 224. Siehe auch Meisel, S. 158

2) Vgl. Erdmann-Jürging-Kammann, § 95 Rdn. 26; Gumpert, BB 1972, 47, 49; Meisel, S. 158; ders., DB 1972, 1675 mwN. in Fußn. 40; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (51), 70 (54)

3) Vgl. auch Meisel, DB 1972, 1675

es sich bei Auswahlrichtlinien um Normsetzungen.[1] Es geht aber um gegenüber dem Gesetz nachranginge Normen. Sie haben den Charakter von Betriebsvereinbarungen.[2] Durch die Beteiligung des Betriebsrates bei der Aufstellung solcher Richtlinien soll lediglich einerseits eine weitgehende Transparenz der bei personellen Maßnahmen angewandten Grundsätze und andererseits eine Versachlichung dieser Grundsätze erreicht werden.[3] Sie dienen damit einer an objektiven Kriterien orientierten Behandlung des Arbeitnehmers.[4] Keineswegs wird aber eine Änderung der gerade im Interesse der Arbeitnehmer schon bestehenden gesetzlichen Bindungen des Arbeitgebers bezweckt, um an deren Stelle neue Entscheidungsgrundlagen zu setzen.[5] Auf eine Interessenabwägung kann daher nicht verzichtet werden. Zulässig ist - wie bereits gesagt - eine Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte. Die Aufstellung einer Rangordnung schließt im Rahmen der erfaßten sozialen Gesichtspunkte eine Interessenabwägung mit ein. Bei Kollision der Auswahlrichtlinie mit § 1 Abs. 3 KSchG

---

1) Siehe Adomeit, DB 1971, 2360, 2364; Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 2 und 17; Galperin, S. 115; Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 2; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 7 f

2) Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 2; Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 17; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 8.
Eine Qualifizierung der Richtlinien als Betriebsvereinbarungen wird ausdrücklich abgelehnt von Hanau, BB 1972, 451, 452. Auf den normativen Charakter der Richtlinien geht Hanau nicht ein. Gegen ihn zutreffend Dietz-Richardi, § 95 Rdn.17.

3) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 50; vgl. auch AusschBer. zu BT-Drucksache VI/2729, S. 30

4) AusschBer. zu BT-Drucksache VI/2729, S. 5

5) Vgl. zum letzteren Punkt auch Arbeitgeberverband der hessischen Metallindustrie/Vereinigung der hessischen Arbeitgeberverbände, S. 143

besitzt letztere Vorschrift als zwingende Regelung Vorrang.[1)]

Es bleibt noch zu prüfen, wie die Rechtslage ist, wenn sich die in einer Auswahlrichtlinie vorgenommene Gewichtung im Einklang mit den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG befindet und außerdem ein Sachverhalt vorliegt, der sich im Rahmen der von der Auswahlrichtlinie erfaßten Umstände bewegt. Hier könnte man daran denken, daß § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG gegenüber § 1 Abs. 3 KSchG lex specialis ist mit der Folge, daß bei Nichteinlegung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat trotz eines Verstoßes gegen die Richtlinie seitens des Arbeitgebers jedenfalls dann ein Rückgriff auf § 1 Abs. 3 KSchG ausscheidet.
Den lex-specialis-Charakter des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG wird man insoweit nicht verneinen können. Der Gesetzgeber hat aber dennoch zu erkennen gegeben, daß auch in derartigen Fällen eine Berufung auf § 1 Abs. 3 KSchG nicht ausgeschlossen sein soll. In § 102 Abs. 3 Ziff. 1 BetrVG ist dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht eingeräumt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Es ist dies genau der Fall des § 1 Abs. 3 KSchG. Der Gesetzgeber hat jedoch davon abgesehen, § 102 Abs. 3 Ziff. 1 BetrVG als einen weiteren Grund fehlender sozialer Rechtfertigung einer Kündigung in § 1 Abs. 2

---

1) Allgemeine Ansicht: Auffarth, S. 71, 77; Dietz-Richardi, § 95 Rdn. 42 und § 102 Rdn. 119; Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 Rdn. 43; Fitting-Auffarth, § 95 Rdn. 7b; Gamillscheg, Nr. 416, S. 457 f; Gumpert, BB 1972, 47, 49 f; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 95 Rdn. 7; Meisel, DB 1972, 1675; ders., S. 64, 159, 161; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 30 f; Schaub, § 238 V, S. 868; ders., Betriebsrat, S. 224 f, 247; Stege-Weinspach, S. 359

S. 2 KSchG mit einzufügen. Das bedeutet, daß es für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung ausschließlich unter dem Blickpunkt des § 1 Abs. 3 KSchG nicht darauf ankommt, ob ein Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Ziff. 1 BetrVG eingelegt worden ist oder nicht. Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn eine Auswahlrichtlinie für Kündigungen besteht, die mit den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG übereinstimmt. Unter dieser Voraussetzung macht es keinen Unterschied, ob die Beurteilung eines Sachverhaltes nach dieser Richtlinie oder unmittelbar nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG erfolgt. Das Ergebnis ist wegen der Identität der zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte und der bei der Auswahlrichtlinie durch die Gewichtung im voraus schon erfolgten Interessenabwägung jeweils dasselbe. Die bloße Existenz einer Auswahlrichtlinie vermag dann aber in keinem Fall, wenn der Betriebsrat die Einlegung eines Widerspruchs unterläßt, deswegen eine ungleiche Behandlung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozeß zu rechtfertigen. Es fehlt ein sachlicher Grund für eine Differenzierung. Die Lage ist nicht anders, wie wenn keine Auswahlrichtlinie bestehen würde. Die Auswahlrichtlinie ist kündigungsschutzrechtlich überflüssig.[1] Sie erfüllt - mehr wollte der Gesetzgeber allerdings auch durch die Auswahlrichtlinien nicht erreichen - nur den Zweck, die Entscheidungskriterien transparent zu machen und sie zu versachlichen. Auf diese Weise soll Streitigkeiten im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Betriebsrat vorgebaut werden.

Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG besteht demnach auch im Falle

---

1) Vgl. auch, allerdings auf eine bloße Generalklausel bezogen, Gumpert, BB 1972, 47, 49

der Nichteinlegung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat immer die Möglichkeit eines unmittelbaren Rückgriffs auf § 1 Abs. 3 KSchG.[1)]

Da bei einer sozialen Auswahl die umfassende Interessenabwägung gewährleistet bleiben soll, kann im übrigen aus der Tatsache der Nichterwähnung des § 102 Abs. 3 Ziff. 1 BetrVG in § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG nicht geschlossen werden, daß der Gesetzgeber die Berücksichtigung der Widerspruchsgründe nach § 102 Abs. 3 Ziff. 2 bis 5 BetrVG bewußt von einem Widerspruch abhängig gemacht habe.[2)]

6) Zugunsten der den Kündigungsschutz einschränkenden Ansicht wird auf die Materialien zum BetrVG verwiesen,[3)] und zwar auf den Ausschußbericht. Dort heißt es nämlich:[4)] "Bei den Widerspruchsgründen handelt es sich in erster Linie um Gesichtspunkte, die wegen ihres kollektiven Einschlags vom Betriebsrat wegen der größeren Sachkenntnis und des vollständigen Überblicks über die betrieblichen Verhältnisse und Möglichkeiten besser geltend gemacht werden können als vom einzelnen Arbeitnehmer."

Aus dem Begriff "besser" kann jedoch - worauf bereits Wagener[5)] zutreffend hingewiesen hat - nicht zwingend gefolgert werden, daß die stärkere Schutzfunktion des

---

1) Im Ergebnis ebenso, ohne allerdings auf die hier dargelegte Problematik einzugehen, Gumpert, BB 1972, 47, 50; Wagener, BB 1972, 1373; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 14

2) Ebenso Otto, DB 1973, 671
A.A. LAG Hamm, DB 1973, 482, 483 f; Buchner, Die AG 1973, 58, 62

3) Blomeyer, S. 152 f; Buchner, Die AG 1973, 58, 62; Meisel, DB 1972, 1675, 1679; siehe auch ders., S. 187

4) AusschBer. zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7; in etwa gleichlautend RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 52

5) Wagener, BB 1972, 1373, 1374; siehe auch Hoechst, AuR 1973, 302, 304

Betriebsrates den Individualschutz ersetzen soll. Dieser Begriff kann auch so verstanden werden, daß neben den individuellen Eingeschutz zusätzlich das wegen des größeren Überblicks sachlich besser fundierbare Widerspruchsrecht des Betriebsrates tritt.[1] Das Bundesarbeitsgericht geht sogar noch einen Schritt weiter. Im Zusammenhang mit der zitierten Stelle vertritt es die Ansicht, wenn das Widerspruchsrecht auch der Wahrung der sozialen Belange des einzelnen Arbeitnehmers diene, sei es mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren, den Kündigungsschutz dann zu versagen, wenn der Betriebsrat die vom Gesetzgeber in ihn gesetzte Erwartung nicht erfülle.[2]

Entgegen der Ansicht von Wagener[3] läßt sich allerdings seine Auslegung nicht durch die Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes unterstreichen, soweit es dort heißt:[4] "Damit wird einerseits die Stellung des Betriebsrats in Personalangelegenheiten verstärkt, andererseits bleibt aber entsprechend dem individualrechtlichen Charakter des Kündigungsschutzes die rechtsverbindliche Entscheidung über das Vorliegen eines solchen Grundes im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen."

Hier ist nur die Rede davon, daß es den Gerichten obliegt, das Vorliegen eines Widerspruchsgrundes zu prüfen. Offen[5] bleibt bei dieser Stelle aber gerade, ob sie das auch dann tun können, wenn kein Widerspruch eingelegt ist.

---

1) Wagener, BB 1972, 1373, 1374

2) BAG, BB 1973, 1635, 1636

3) Wagener, BB 1972, 1373, 1374

4) BT-Drucksache VI/1786, S. 59

5) Davon geht wohl auch Kitzelmann, AuR 1973, 302, 304 f aus.

7) Mit dem Argument des "Erweiterungs- oder Verbesserungszweckes" kann die eine Einschränkung ablehnende Auffassung ihren Standpunkt nicht weiter absichern.

a) Aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 KSchG ("ferner") muß zwar auf eine Erweiterungsabsicht des Gesetzgebers beim Kündigungsschutz geschlossen werden.[1] Dieser hat es jedoch in der Hand, bei einer Neufassung gegenüber der bisherigen Rechtslage in einer Hinsicht eine Erweiterung zugunsten der Arbeitnehmer vorzunehmen, hier z.B. durch den Wegfall der Interessenabwägung, neue Gründe, aber auch durch den mit einem eingelegten Widerspruch nach § 102 Abs. 4 BetrVG (Information des Arbeitnehmers über die Stellungnahme des Betriebsrates) und § 102 Abs. 5 BetrVG (Vorläufige Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers) verbundenen Vorteil, und gleichwohl in anderer Hinsicht eine Einschränkung zu normieren, hier möglicherweise durch das Erfordernis des Widerspruchs des Betriebsrates.[2]

In den Materialien ist von einer Erweiterung nur in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 124 BetrVG die Rede. Es heißt dort:[3] "Nummer 1 (gemeint ist die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes - d.Verf.) zieht die kündigungsrechtliche Folgerung eines vom Betriebsrat nach dem Katalog des § 102 Abs. 3 des Entwurfs zu Recht erklärten Widerspruchs gegen die Kündigung des Arbeitnehmers. Die Vorschrift stellt in Erweiterung des bisherigen § 1 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes klar, daß die Kündigung stets sozial ungerechtfertigt ist, wenn einer dieser Widerspruchs-

---

1) Vgl. insoweit Adomeit, AR-Blattei, Kündigungsschutz I, D II 1e

2) Siehe auch Hanau, BB 1972, 451, 454

3) RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 59

gründe vorliegt und vom Betriebsrat frist- und formgerecht geltend gemacht worden ist."
Nach dem Zusammenhang spricht allerdings mehr dafür, daß mit der Formel "in Erweiterung des bisherigen § 1 Abs. 2" nichts anderes als "durch Einfügung eines neuen Satz 2 in Abs. 2", nämlich eine notwendig gewordene rein textliche Erweiterung, gemeint ist.

b) Die Verbesserung des Kündigungsschutzes für den Arbeitnehmer erwähnt der Ausschußbericht im Zusammenhang mit § 102 Abs. 3 BetrVG. Dort steht:[1] "Materiell stellen die neuen Widerspruchsgründe eine Verbesserung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmer dar." Daraus läßt sich aber nicht zwingend der Schluß ziehen, daß auch der individuelle Kündigungsschutz verbessert werden sollte.[2] Die zitierte Stelle befaßt sich nur mit den Widerspruchsgründen, nicht aber mit dem zusätzlichen Erfordernis des Widerspruchs und den sich daraus möglicherweise ergebenden Weiterungen für den Rechtsschutz des Arbeitnehmers.

Es gibt vielmehr Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber die Verbesserung des Kündigungsschutzes nicht unter dem Blickwinkel des weiteren Ausbaus des individuellen gerichtlichen Rechtsschutzes des betroffenen Arbeitnehmers gesehen hat, sondern ausschließlich in einer wirksameren Gestaltung der Stellung des Betriebsrates durch dessen verstärkte Einschaltung bei Kündigungen.

---

1) AusschBer. zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7. In der RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 32 f, ist zwar auch von einer Verbesserung die Rede. Gemeint ist aber die durch § 102 BetrVG allgemein verbesserte Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Falle einer Kündigung, ohne daß sich ein konkreter Bezug zu der hier interessierenden Frage herstellen läßt. Es wird lediglich die Regelung des Entwurfs wiedergegeben.

2) So aber BAG, BB 1973, 1635, 1636

So heißt es ebenfalls im Ausschußbericht:[1] "Der Ausschuß war mit Mehrheit der Ansicht, daß wegen der einschneidenden Bedeutung der Kündigung für den Arbeitnehmer sowohl die verstärkte Einschaltung des Betriebsrates als auch im Grundsatz der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses während des Kündigungsschutzverfahrens nach dem CDU/CSU-Entwurf eine sachgerechte Sicherung des Arbeitsplatzes darstelle."
Die bereits zitierte Stelle des Regierungsentwurfs[2] spricht von einer Verstärkung der Stellung des Betriebsrates in Personalangelegenheiten, ohne daß der dort ebenfalls angesprochene gerichtliche Rechtsschutz Klarheit darüber bringt, ob er auch dann besteht, wenn der Betriebsrat keinen Widerspruch eingelegt hat.
Daß man bereit gewesen sein könnte, Beschränkungen der individuellen Rechtsposition des Arbeitnehmers im Bereich des Kündigungsschutzes zumindest in Kauf zu nehmen, läßt sich aus Äußerungen des Abgeordneten Dr. Farthmann (SPD) vor dem Bundestag schlußfolgern. Dort sagte er:[3] "Nun zu einem wichtigen Punkt, den Herr Ruf mit besonderer Liebe behandelt hat: den Rechten der einzelnen Arbeitnehmer. Ich stimme Ihnen insofern gern zu, Herr Ruf, als der Freiheitsraum und die Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers im Betrieb der letzte und wichtigste Maßstab für sämtliche Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes sein müssen. Auf der anderen Seite dürfen allerdings die Rechte

---

1) AusschBer. zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7

2) Siehe oben S. 140

3) Stenographischer Bericht der Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, 150. Sitzung v. 10.11.1971, 8599 D.
Den Darlegungen von Farthmann im Kern zustimmend: Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 14.
Kritisch zu derartigen Gedankengängen: Reuter, RdA 1973, 345, 350 (gegen Hoffmann, AuR 1971, 271, 278).

einzelner Arbeitnehmer nicht überschätzt werden. Eine hundertjährige Erfahrung lehrt, daß man dem einzelnen nicht hilft, wenn man ihm durch Paragraphen Einzelrechte gibt. Bei realistischer Betrachtungsweise muß man feststellen: entweder kennt er sie nicht oder er kann sie, wenn er sie kennt, nicht ausnutzen, weil er Rückschläge und Diskriminierungen durch den Arbeitgeber befürchtet.

(Beifall der SPD.)

Das ist doch das Problem. Nach einer mehr als hundertjährigen Erfahrung können die Rechte des einzelnen am effektivsten dadurch gestärkt werden, daß man ihm ein kollektives Vertretungsorgan an die Seite stellt, das unabhängig und selbständig dem Arbeitgeber gegenübertreten kann. Alles andere ist mehr oder weniger Theorie oder, was noch schlimmer ist, die Methode des "divide et impera", ist eine Schwächung und nicht eine Stärkung der Rechte der einzelnen Arbeitnehmer.

(Beifall der SPD.)"

In der übernächsten Passage heißt es weiter:

"Zum Abschluß ist aber auch noch eins festzustellen: Jedes Mehr an Mitbestimmung schafft - davor sollten wir die Augen nicht verschließen - auch ein Mehr an Möglichkeiten des sachwidrigen Gebrauchs durch solche, die böswillig das Gesetz ausnutzen. Das muß man mit aller Deutlichkeit sehen. Allerdings - das sage ich ebenso klar - haben die Erfahrungen einer 20-jährigen Betriebsratsarbeit jedenfalls in der Bundesrepublik für Befürchtungen dieser Art keinerlei Anlaß gegeben.

(Beifall der SPD.)"

Ein weiterer Anhaltspunkt liegt schließlich darin, daß das BetrVG die Vorschrift des § 66 Abs. 3 BetrVG 1952 nicht mehr enthält, nach der die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes unberührt bleiben. Dadurch sollte seinerzeit verhindert werden, daß das

Kündigungsschutzgesetz durch das Betriebsverfassungsgesetz beeinträchtigt wird.[1)]

8) Das Argument der "bisherigen Rechtsprechung" läßt sich ebenfalls nicht zugunsten der eine Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes ablehnenden Ansicht verwerten. Auch die Gegenmeinung könnte sich darauf berufen.

Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG Elemente der bisherigen Rechtsprechung zu Satz 1 mit neuen Gesichtspunkten der Sozialwidrigkeit einer Kündigung, z.B. Satz 2 Ziff. 1 und in Satz 2 Ziff. 2 die Ausdehnung auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens, zu einem einheitlichen, von Satz 1 getrennten Tatbestand zusammengefaßt. Damit eröffnen sich für die Auslegung unter Zuhilfenahme des Arguments der "bisherigen Rechtsprechung" grundsätzlich drei verschiedene Möglichkeiten.

Legt man den Schwerpunkt auf die Tatsache, daß die Widerspruchsgründe des Satzes 2 gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zu Satz 1 insgesamt eine tatbestandliche Erweiterung erfahren haben, die bisher nicht von Satz 1 erfaßt wurde, so läßt sich die Ansicht vertreten, daß gerade durch die vereinheitlichende Zusammenfassung mit bisher schon bekannten Gründen ein neuer, selbständiger Tatbestand geschaffen werden sollte. Dies würde die Ansicht über eine Einschränkung des Kündigungsschutzes stützen.
Umgekehrt ließe sich das Gegenteil vertreten, wenn man das Schwergewicht auf die bisherige Rechtsprechung legt, die in Satz 2 - bei gleichzeitiger Änderung der Voraussetzungen gegenüber Satz 1 im übrigen - ihren Eingang gefunden hat. Dies könnte nämlich nicht nur

---

1) Vgl. Galperin-Siebert, § 66 Rdn. 42

deutlich machen, daß der Gesetzgeber die alte Rechtslage nicht nur nicht ändern wollte, wenn der Betriebsrat keinen Widerspruch einlegen sollte, sondern darüber hinaus auch seinen Willen zum Ausdruck bringen, daß aufgrund der Zusammenfassung bisher bekannter Gründe mit neuen Gesichtspunkten in einem eigens eingefügten Satz 2 auch gerade die neuen Elemente des Satzes 2, soweit nicht zwingende Gründe entgegenstehen, im Sinne einer Weiterentwicklung des Kündigungsschutzes im Rahmen der Generalklausel des Satzes 1 nunmehr mit berücksichtigt werden sollen, auch wenn der Betriebsrat keinen Widerspruch einlegt. Bei dieser Betrachtungsweise zeigt sich im übrigen, daß die neuen Gründe des Satzes 2 durchaus "neu" und dennoch aus Satz 1 "ausgegliedert" sein können, nämlich insofern, als der Gesetzgeber durch die Gleichstellung der neu eingeführten Gründe mit den von der Rechtsprechung bisher schon im Rahmen des Satzes 1 anerkannten und nunmehr in gewisser Hinsicht in Satz 2 auch verselbständigten Gründe seine grundsätzliche Entscheidung zum Ausdruck bringen wollte, daß die neuen Gründe einerseits zwar im Rahmen des Satzes 2 durchaus ihre eingeständige Bedeutung haben, darüber hinaus aber gerade auch bei Anwendung des Satzes 1 und der Ausfüllung seiner generalklauselartigen Weite nunmehr ebenfalls Geltung besitzen sollen, soweit dies möglich ist. Diese Ansicht würde für die eine Einschränkung des Kündigungsschutzes ablehnende Meinung sprechen.

Schließlich läßt das Argument der "bisherigen Rechtsprechung" an sich auch Raum für die differenzierende Betrachtungsweise Kitzelmanns. Gegen seine Ansicht spricht allerdings entscheidend, daß sie im Ergebnis darauf hinausläuft, eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu Satz 1 im Rahmen des Möglichen unter Berücksichtigung der neuen Tatbestandselemente des Satzes 2 zu blockieren, was wegen der Beibehaltung der Generalklausel nicht der Sinn sein kann.

9) Für eine Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes wird als letztes § 99 BetrVG angeführt.

a) Die Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG erfüllen - jedenfalls in der Regel - einen der personellen Tatbestände des § 99 BetrVG. Danach bedürfen Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung der Zustimmung des Betriebsrates, die dieser unter den Voraussetzungen des Abs. 2 verweigern kann. Von praktischer Bedeutung ist insbesondere die Versetzung.[1] Z.B. ist die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb (§ 102 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG) regelmäßig eine Versetzung. Daraus läßt sich möglicherweise schließen, daß die ausdrückliche und sogar die bei Schweigen des Betriebsrates während der Wochenfrist nach § 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG fingierte Zustimmung zur Kündigung gleichbedeutend ist mit der Verweigerung der zur Versetzung nach § 99 BetrVG erforderlichen Zustimmung.[2]
Stimmt nämlich der Betriebsrat einer Kündigung zu, so bringt er zum Ausdruck, daß er für eine Entlassung des Arbeitnehmers und damit gegen seine Weiterbeschäftigung im Betriebsverband ist. Er gibt dadurch notwendigerweise außerdem zu erkennen, daß er gegen eine Versetzung des Arbeitnehmers ist. Das könnte dann aber bedeuten, daß der Betriebsrat durch seine Zustimmung zur Kündigung jeweils miterklärt, daß er die

---

1) In Betracht kommen aber auch die anderen Möglichkeiten. Bei einer Weiterbeschäftigung im selben Betrieb kann im Zusammenhang mit einer Versetzung die Umgruppierung eine Rolle spielen. Bei einer Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb des Unternehmens handelt es sich - aus der Sicht des aufnehmenden Betriebes - um eine Einstellung (Eingruppierung), vgl. z.B. Dietz-Richardi, § 99 Rdn. 36 und insbesondere Rdn. 46, ferner § 102 Rdn. 94; Fitting-Auffarth, § 99 Rdn. 18.

2) Auf dieses Problem geht das BAG nicht ein, vgl. BAG, BB 1973, 1635, 1637.

Zustimmung zu einer Versetzung im Sinne des § 99 BetrVG verweigert.[1)]
Hinzu kommt, daß der betroffene Arbeitnehmer im Verfahren nach § 99 BetrVG durch den Gesetzgeber grundsätzlich schutzlos gestellt ist.[2)] Lediglich der Arbeitgeber kann nach § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen.
Eine Weiterbeschäftigungs"möglichkeit" - und damit auch deren Berücksichtigung im Rahmen des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG[3)] - könnte daher im Kündigungsschutzprozeß u.U. bereits wegen Verweigerung der erforderlichen Zustimmung zur Versetzung verneint werden, ohne daß es darauf ankäme, ob der betroffene Arbeitnehmer tatsächlich weiterbeschäftigt werden kann.

In diesem Zusammenhang sind zwei Sachverhalte zu unterscheiden.
Der Arbeitnehmer macht im Kündigungsschutzprozeß eine Versetzungsmöglichkeit geltend, die vom Arbeitgeber selbst schon vorgeschlagen worden war, zu der der Betriebsrat aber seine Zustimmung versagt hatte. Im anderen Fall stützt sich der Arbeitnehmer auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die der Arbeitgeber nicht vorgeschlagen hatte, sei es, daß dieser keine Alternativen zur Kündigung angeboten, sei es, daß er auf andere Gelegenheiten zur Weiterbeschäftigung verwiesen hat, zu denen der Betriebsrat jedoch ebenfalls seine Zustimmung verweigerte.[4)]

---

1) So Meisel, DB 1972, 1675, 1679

2) Vgl. dazu Biedenkopf, BB 1972, 1513, 1516; Blomeyer, S. 151 f, 168 ff; Dietz-Richardi, § 99 Rdn. 134 und 135; Erdmann-Jürging-Kammann, § 99 Rdn. 89; Richardi, DB 1971, 621, 631; ders., ZfA 1972, Sonderheft, S. 15 ff

3) Die Frage, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens in eine Interessenabwägung nach Satz 1 mit einzubeziehen ist, wird noch gesondert abgehandelt, vgl. S. 155 ff.

4) Zwei ähnliche Fallgruppen bildet auch das BAG, BB 1973, 1635, 1637.

b) Hatte sich der Betriebsrat mit der vom Arbeitnehmer geltend gemachten Versetzungsmöglichkeit nicht schon auf Vorschlag des Arbeitgebers befaßt, so hat eine durch die Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung diesen bezüglich § 99 BetrVG präjudizierende Entscheidung im Sinne einer Verweigerung der Zustimmung zu dieser Versetzung, an die dann auch das Arbeitsgericht gebunden sein könnte, zur Voraussetzung, daß diese Vorschrift hier überhaupt anwendbar ist.[1] Das ist jedoch, soweit es um das Mitbestimmungsrecht als solches geht, nicht der Fall.

Bei § 99 BetrVG geht es um eine vom Arbeitgeber - der Betriebsrat besitzt insofern kein Initiativrecht - selbst geplante und vorgeschlagene Versetzung (vgl. § 99 BetrVG). Gegen seine personellen Maßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG richtet sich die Kontrolle des Betriebsrates. Demgegenüber hat hinsichtlich der vom Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß geltend gemachten Versetzungsmöglichkeit nach der zweiten Variante zu keinem Zeitpunkt ein entsprechender Vorschlag des Arbeitgebers vorgelegen, der § 99 BetrVG hätte zur Anwendung bringen können. Eine Versetzung des Arbeitnehmers auf diesen Arbeitsplatz war vom Arbeitgeber nicht beabsichtigt gewesen. Gerade dann, wenn Vorschläge des Arbeitgebers zur Vermeidung von Kündigungen unterbleiben oder, falls sie gemacht werden, nicht die Billigung des Betriebsrates finden, bleibt es aber dem Betriebsrat überlassen, gegebenenfalls nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG die Initiative für eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers zu

---

1) Soweit sich Rechtsprechung und Literatur mit § 99 BetrVG befassen, wird dieses Problem nicht erörtert. Vgl. BAG, BB 1973, 1635, 1637; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 284; Gumpert, BB 1972, 47, 50; Meisel, DB 1972, 1675, 1679
Siehe ferner Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 94; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 17.

ergreifen. Das Beteiligungsrecht des Betriebsrates, auf das seine Zustimmung zur Kündigung mittelbar mit bindender Wirkung durchschlagen könnte, ist im vorliegenden Fall also nicht § 99 BetrVG, sondern nur § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG. Weist der Betriebsrat auf eine Versetzungsmöglichkeit hin, so bedarf es keiner Zustimmung nach § 99 BetrVG.[1] Stimmt der Betriebsrat einer Kündigung zu, so kann dies bei Berücksichtigung der unterschiedlichen Funktion von § 99 BetrVG und § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG lediglich besagen, daß er zur Frage der Versetzungsmöglichkeit als Alternative zur Kündigung keine Eigeninitiative entfalten will. Wie sich der Betriebsrat auf einen entsprechenden Vorschlag des Arbeitgebers nach § 99 BetrVG verhalten haben würde, bleibt offen. Es tritt daher im Hinblick auf § 99 BetrVG keine Selbstbindung der betrieblichen Arbeitnehmervertretung ein.[2]

Außerdem ist die Informations- und damit die Entscheidungsgrundlage bei § 99 BetrVG eine andere als bei § 102 BetrVG.
Nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Nach § 99 BetrVG hingegen hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat bei einer Versetzung unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben und den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene neue Eingruppierung mitzuteilen.[3]

---

1) A.A. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 94; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 17

2) Es kann somit dahingestellt bleiben, ob eine Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung widerrufbar ist oder nicht. Unwiderruflichkeit, zumindest im Grundsatz, wird z.B. angenommen von: Erdmann-Jürging-Kammann, § 102 vor Rdn. 27; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 9; Meisel, S. 154 f; ders., DB 1972, 1627, 1630; Schlochauer, RdA 1973, 157, 160.

3) Vgl. auch Meisel, BB 1973, 944, 945

c) Macht der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß eine Versetzungsmöglichkeit geltend, die bereits vom Arbeitgeber vorgeschlagen worden war, vom Betriebsrat aber zurückgewiesen wird, so hat die Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung außerdem die Bedeutung, daß durch sie die in der Regel bereits unmittelbar erfolgte Verweigerung der Zustimmung zur Versetzung nochmals bestätigt wird.

In jedem Fall findet § 99 BetrVG Anwendung. Es bleibt also das Problem, ob das Arbeitsgericht eine gleichwohl gegebene Versetzungsmöglichkeit im Rahmen des Satzes 1 mitberücksichtigen darf.

Im Kündigungsschutzprozeß hat die Zustimmung des Betriebsrates oder die Verweigerung der Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber geäußerten Versetzungsabsicht nur eine gewisse Indizwirkung für das Bestehen oder Nichtbestehen einer derartigen Möglichkeit. Widerspricht der Betriebsrat einer Kündigung aus § 102 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG, so steht damit für das Arbeitsgericht kündigungsschutzrechtlich nicht schon in bindender Weise fest, daß eine Versetzungsmöglichkeit auch tatsächlich besteht. Das hat das Gericht vielmehr trotz Zustimmung des Betriebsrates zu einer Versetzung noch in vollem Umfange nachzuprüfen (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG). Nicht anders kann es im umgekehrten Fall hinsichtlich § 1 Abs. 2 S. 1 BetrVG sein, wenn der Betriebsrat einer Versetzung des Arbeitnehmers die Zustimmung versagt und der Kündigung zustimmt. Andernfalls müßte nämlich für den Kündigungsschutz je nach Ausgang der Entscheidung des Betriebsrates über die beabsichtigte Kündigung eine unterschiedliche rechtliche Verbindlichkeit der Stellungnahme des Betriebsrates angenommen werden. Da es sich jedoch um denselben sachlichen Entscheidungsgegenstand - die geplante Kündigung - handelt, ist für eine derartige Differenzierung kein sachlicher Grund ersichtlich.

Außerdem wird das systematische Verhältnis zwischen § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und Satz 2 dadurch bestimmt, daß ein Widerspruch aus einem der Gründe des § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG die sonst im Rahmen des Satzes 1 erforderliche umfassende Interessenabwägung aller Umstände entbehrlich macht. Die Funktion des Widerspruchs erstreckt sich aber gerade nicht darauf, auch noch die gerichtliche Überprüfung zu erübrigen, ob eine Versetzungsmöglichkeit - einer der sonst bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände - in Wirklichkeit gegeben ist oder nicht. Die Klärung dieser Frage geht einer Interessenabwägung voraus.

Trotz Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat zu der bereits vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Versetzung hat also das Arbeitsgericht im Rahmen des Satzes 1 stets zu untersuchen, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit tatsächlich besteht oder nicht.[1)]

---

1) Das BAG, BB 1973, 1635, 1636 verwendet u.a. als Argument, eine andernfalls hinzunehmende Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes widerspreche dem Verfassungsgebot, für den Bereich des Privatrechts einen umfassenden gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten. Gegen diese Begründung bestehen Bedenken. Sie setzt voraus, daß ein materielles "Recht" besteht. Nur um diese Frage - nämlich, ob der Kündigung allein schon bei Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrates zur Versetzung die Wirksamkeit nicht mehr abgesprochen werden kann - geht es hier. Kommt man zu dem Ergebnis, ohne Widerspruch des Betriebsrates gegen die Kündigung sei eine Berücksichtigung der Widerspruchsgründe im Rahmen des Satzes 1 nicht möglich, so bedeutet dies, daß der Arbeitnehmer insofern eben keine materielle Rechtsposition besitzt, die er im Gerichtswege durchsetzen könnte.

Siehe ferner Blomeyer, S. 152 Fußn. 24 a.E.

d) Der Schlußfolgerung von Gumpert,[1] daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG umgangen würde, "in Fällen, in denen im Wege der Kündigungsschutzklage eine Versetzung ohne vorherige Einschaltung des Betriebsrates erzwungen werden könnte", kann ebenfalls nicht gefolgt werden.[2] Auch hier ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG nicht gegeben.

Der Arbeitgeber hat zwar die Versetzung vorzunehmen. Sie ist aber nicht von ihm - wie es § 99 BetrVG verlangt - geplant, sondern auf das Gerichtsurteil zurückzuführen, durch das sie erzwungen wird.
Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG soll außerdem nur ein den Arbeitgeber kontrollierendes Gegengewicht bilden. Der Zweck der Vorschrift besteht nicht auch darin, eine anderslautende Entscheidung des Arbeitsgerichts gleichfalls einer Kontrolle des Betriebsrates zu unterwerfen. Es zählt nämlich ferner zu den Aufgaben der Arbeitsgerichte, "die vom Betriebsrat anzustellenden kollektiven Erwägungen, die gegen eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers sprechen, mit zu berücksichtigen".[3] Das Arbeitsgericht hat daher - wie bereits vor Inkrafttreten des BetrVG - selbst und in eigener Verantwortung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Versetzungsmöglichkeit zu entscheiden.

e) Hat einer der Widerspruchsgründe des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG ausnahmsweise keine personelle Maßnahme im Sinne des § 99 BetrVG zum Gegen-

---

1) Gumpert, BB 1972, 47, 50

2) Im Ergebnis ebenso: BAG, BB 1973, 1635, 1637; Göttling-Hoentges-Zepp, RdA 1972, 282, 284

3) BAG, BB 1973, 1635, 1637

stand,[1] so kann sich die gleiche Fragestellung wie bei dieser Vorschrift auch hinsichtlich § 87 BetrVG ergeben.

In dem Beispiel einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit durch Schichtwechsel steht § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG in Rede. Es muß sich dann allerdings um eine Mehrzahl von Arbeitnehmern handeln, die wegen dringender betrieblicher Erfordernisse ihren "alten Arbeitsplatz" verlieren, für die aber an sich diese Ausweichmöglichkeit offen steht. Nach h.M.[2] werden nämlich nur Kollektivmaßnahmen des Arbeitgebers von § 87 BetrVG erfaßt. Der Schichtwechsel eines einzelnen Arbeitnehmers ist mitbestimmungsfrei.[3]

Die grundsätzlichen Überlegungen zu § 99 BetrVG gelten hier entsprechend.
Zwar besitzt der Betriebsrat im Unterschied zu § 99 BetrVG bei § 87 BetrVG ein eigenes Initiativrecht.[4] Insofern ist eine Selbstbindung des Betriebsrates durch die Zustimmung zur Kündigung denkbar. Soweit es jedoch um die Zustimmung des Betriebsrates nach § 87 BetrVG zu einer arbeitgeberseitigen Initiative geht, fehlt es hier ebenso an einem für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift erforderlichen diesbezüglichen Regelungswillen des Arbeitgebers.

---

1) Was z.B. der Fall ist bei einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers in einer anderen Schicht, vgl. ArbG Ludwigshafen, BB 1972, 446.
Siehe außerdem oben S. 103 Fußn. 4

2) Siehe den Meinungsstand im neueren Schrifttum bei Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 23

3) Stellt man sich auf den Standpunkt, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 BetrVG außerdem bei Einzelmaßnahmen Anwendung findet, sich also auch auf den Schichtwechsel eines einzelnen Arbeitnehmers bezieht (vgl. Dietz-Richardi, § 99 Rdn. 35), so besteht schon hier das gleiche Problem wie im Falle des § 99 BetrVG.

4) Vgl. Dietz-Richardi, § 87 Rdn. 6

10) Zusammenfassend ist festzustellen, daß durch die Neufassung des § 1 Abs. 2 KSchG eine Einschränkung des Kündigungsschutzes nicht erfolgt ist.

Offen geblieben ist noch die Frage, ob der Widerspruchsgrund "Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens" gleichfalls im Rahmen der Generalklausel bei Fehlen eines Widerspruchs mitberücksichtigt werden kann.[1] Dieses Problem ist deswegen von besonderer praktischer Bedeutung, weil die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb nicht nur bei § 102 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG in Betracht zu ziehen ist, sondern auch bei Ziff. 4 und 5.[2]

Schon vor der Neufassung des § 1 Abs. 2 KSchG war unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Ansicht vertreten worden, daß diesen ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände die Pflicht treffe, einen Arbeitnehmer, den er im bisherigen Betrieb nicht mehr beschäftigen könne, in einen anderen Betrieb zu versetzen, um eine Entlassung zu vermeiden.[3]

Der reine Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG spricht gegen eine solche Möglichkeit. Es wird nur auf eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers "in diesem Betriebe" abgestellt.[4]

---

1) Verneinend Hanau, RdA 1973, 281, 289.
Der Gegenansicht zuneigend: Gamillscheg, Nr. 237 lit. b, S. 258, 259 f

2) Vgl. RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 33; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 91, siehe auch Rdn. 89

3) Vgl. BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Hueck, KSchG, 8. Aufl., § 1 Rdn. 70; siehe auch Gamillscheg, Nr. 237, S. 258, 259

4) Der Betriebsbegriff wird allerdings durch die Rechtsprechung sehr weit ausgelegt, vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 23 KSchG 1969. Siehe auch Gamillscheg, Nr. 237, S. 258 f.

Einer im Rahmen der Generalklausel mitzuberücksichtigenden Möglichkeit, einen Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterzubeschäftigen, kann allerdings nach der Änderung des Kündigungsschutzgesetzes nicht mehr wie früher[1] mit dem Hinweis auf die Betriebsbezogenheit des Kündigungsschutzes begegnet werden.[2] Ausdrücklicher Bezugspunkt des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 KSchG ist gerade auch das Unternehmen.

Besteht ein Widerspruchsgrund nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG und widerspricht der Betriebsrat der Kündigung, so liegt nach § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG ein absoluter Grund für deren Sozialwidrigkeit vor. Es bedarf dann nicht mehr der sonst im Rahmen des Satzes 1 erforderlichen Interessenabwägung. Diese Auslegung entspricht der Intention des Gesetzgebers.[3] Das derart bestimmte Verhältnis von Generalklausel und Sonderregelung bedingt jedoch gleichzeitig, daß jeder der Widerspruchsgründe in eine Interessenabwägung überhaupt mit einbezogen werden kann. Nur wenn das der Fall ist, vermag sie bei einem Widerspruch des Betriebsrates entbehrlich zu sein. Würde man eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb aus dieser Systematik ausklammern, so wäre für die unterschiedliche Behandlung des Umstandes in Satz 2 und Satz 1 - dort Tatbestandselement, hier aber unbeachtlich - kein sachlicher Grund ersichtlich. Die Differenzierung wäre willkürlich. Der systematische Zusammenhang verlangt daher die Einbeziehung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens in die allgemeine Interessenabwägung

---

1) Vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit

2) A.A. Hanau, RdA 1973, 281, 289

3) Siehe oben S. 133 Fußn. 1

nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Satz 1 enthält insofern, als er diesen Umstand vom Wortlaut her nicht berücksichtigt, eine Regelungslücke.

Im übrigen findet hier § 99 BetrVG aus den bereits dargelegten Gründen - kein Vorschlag des Arbeitgebers - grundsätzlich ebenfalls keine Anwendung.[1)]

11) In § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG tritt der Widerspruch des Betriebsrates an die Stelle der sonst nach Satz 1 für jeden Einzelfall notwendigen Interessenabwägung. Bei Ziff. 1 macht der Widerspruch eine umfassende Interessenabwägung zwar nicht - wie bei den Ziff. 2 bis 4 - generell entbehrlich; diese ist vielmehr in der Kündigungsrichtlinie durch die Aufstellung einer Rangordnung zwischen den einzelnen zu berücksichtigenden Faktoren vorweggenommen. Es entfällt hier aber gleichfalls die Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall. Die Funktion des Widerspruchs in Satz 2 besteht darin, auf die - aus der Sicht der betrieblichen Arbeitnehmervertretung bedenkenfreie - Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers hinzuweisen. Es kann allerdings sein, daß der Betriebsrat z.B. aus unsachlichen Erwägungen die Einlegung eines Widerspruchs unterläßt. Die Frage ist daher, ob der Arbeitnehmer allein auf Satz 1 oder Abs. 3 angewiesen bleibt oder ob er auch die Gründe des Satzes 2 ohne Widerspruch des Betriebsrates geltend machen kann.

a) Das ist denkbar, wenn der Betriebsrat bei Bestehen eines Widerspruchsgrundes zur Einlegung des Widerspruchs verpflichtet ist. Dann wäre nämlich nicht einzusehen, weshalb es im Kündigungsschutzprozeß nicht auch genügen soll, daß der Arbeitnehmer einen der

---

1) A.A. Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 94; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 17

Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG dartut und die Nichteinlegung des Widerspruchs auf eine im weiteren Sinne - also nicht nur auf Willkür beruhende - fehlerhafte Behandlung der Angelegenheit durch den Betriebsrat zurückführen kann. Anstelle des Betriebsrates würde das Arbeitsgericht das Bestehen oder Nichtbestehen des Widerspruchsgrundes feststellen.

b) Fraglich ist jedoch, ob den Betriebsrat eine Pflicht zur Einlegung des Widerspruchs treffen kann.

aa) Nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 3 BetrVG bedingt die Bejahung eines Widerspruchsgrundes durch den Betriebsrat nicht auch dessen Pflicht zur Einlegung eines Widerspruchs. Trotz Bestehens eines Widerspruchsgrundes besitzt er für seine Stellungnahme einen Ermessensspielraum. "Der Betriebsrat kann... widersprechen, wenn..." (vgl. § 102 Abs. 3 BetrVG Einleitungssatz).

bb) Tatsächlich ist jedoch bei den Widerspruchsgründen des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 bis 4 KSchG der an sich gegebene Ermessensspielraum durch gesetzliche Richtlinien ausgefüllt, so daß für den Betriebsrat zwar kein Ermessens-, wohl aber ein - erheblicher - Beurteilungsspielraum verbleibt. Hier geht es um Alternativen zu einer Kündigung, vor allem durch Versetzung. Die sachlichen Gründe, die die Ablehnung einer Versetzung durch den Betriebsrat und damit die Nichteinlegung eines Widerspruchs allein rechtfertigen können, sind in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend[1] aufgezählt. Diese Kriterien sind vom Arbeitsgericht mitzuberücksichtigen.[2] Durch sie wird das an sich

---

1) Vgl. BAG, BB 1973, 1635, 1637; Dietz-Richardi, § 99 Rdn. 137; Fitting-Auffarth, § 99 Rdn. 24; Richardi, DB 1973, 378, 381

2) BAG, BB 1973, 1635, 1637

nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG gegebene Ermessen auf Null reduziert. Für Zweckmäßigkeitsüberlegungen ist kein Raum.
Dagegen läßt sich nicht einwenden, die Verweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG kämen nur bei einer vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Versetzung zum Zuge, im Hinblick auf einen entsprechenden Vorschlag des Betriebsrates nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG obliege es aber dem pflichtgemäßen Ermessen[1] des Betriebsrates, ob er Widerspruch einlege oder nicht. "Das Widerspruchsrecht findet seine Rechtfertigung darin, daß es sich bei den Widerspruchsgründen in erster Linie um Gesichtspunkte handelt, die wegen ihres kollektiven Einschlags vom Betriebsrat wegen der größeren Sachkenntnis und des vollständigen Überblicks über die betrieblichen Verhältnisse und Möglichkeiten besser geltend gemacht werden können als vom einzelnen Arbeitnehmer."[2] Demnach befindet sich der Betriebsrat gegenüber dem Arbeitnehmer bei Beurteilung der Frage, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht oder nicht, in einer gewissen Monopolstellung. Daraus folgt, daß er Widerspruch einlegen muß, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gegeben ist und keiner der Verweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt. Die kollektiven Aspekte, die einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 3 Ziff. 3 bis 5 BetrVG entgegenstehen können, kommen daher nur im Rahmen des § 99 Abs. 2 BetrVG als allgemeingültige objektive Kriterien zum Tragen.[3] Es ist fer-

---

1) Siehe BAG, BB 1973, 1635, 1637

2) AusschBer., zu BT-Drucksache VI/2729, S. 7; vgl. auch RegEBegr., BT-Drucksache VI/1786, S. 52

3) Das gleiche gilt daher auch insofern, als es sich zur Vermeidung einer Kündigung um Alternativen handelt, die keine Maßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG sind.

ner kein stichhaltiger Grund ersichtlich, weshalb der Betriebsrat einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Versetzung soll zustimmen müssen, wenn keiner der Verweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt, er aber andererseits die Einlegung eines Widerspruchs soll unterlassen können, obwohl eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht und keine Anhaltspunkte für die Kriterien nach § 99 Abs. 2 BetrVG bestehen.

Spricht keiner der Gründe des § 99 Abs. 2 BetrVG gegen eine Weiterbeschäftigung, so ist der Betriebsrat verpflichtet, Widerspruch einzulegen.[1)]

Von den Kriterien des § 99 Abs. 2 BetrVG paßt allerdings Ziff. 4 nicht, da es hier um eine Benachteiligung des Arbeitnehmers durch Kündigung und nicht um eine solche durch personelle Maßnahmen im Sinne des § 99 BetrVG geht. Diese werden von ihm gerade zur Vermeidung einer Kündigung geltend gemacht.
Keine Bedenken dürften jedoch gegen eine Anwendbarkeit des § 99 Abs. 2 Ziff. 5 BetrVG bestehen. Ist ein Arbeitsplatz zu besetzen, und kommt dieser Arbeitsplatz außerdem als Alternative zur Kündigung eines Arbeitnehmers in Betracht, so heißt das nicht, daß andere innerbetriebliche Stellenbewerber von vornherein ausgeschaltet sind und daher für die Anwendung des § 99 Abs. 2 Ziff. 5 BetrVG kein Raum ist. Bei der Bedeutung, die der Gesetzgeber dem innerbe-

---

1) Eine Pflicht des Betriebsrates, Widerspruch einzulegen, wenn ein Widerspruchsgrund nach § 102 Abs. 3 BetrVG vorliegt, wird im Ergebnis ebenfalls bejaht von Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 28 f; ähnlich auch Auffarth, S. 71, 77.

Ansonsten wird die Einlegung des Widerspruchs in der Regel dem pflichtgemäßen Ermessen des Betriebsrates unterstellt. Vgl. Blomeyer, S. 174 Fußn. 91; Fitting-Auffarth, § 102 Rdn. 11; Wagener, BB 1972, 1373, 1375. Siehe aber auch Philipp, BB 1972, 219.

trieblichen Stellenmarkt zuschreibt (§§ 93, 99 Abs. 2 Ziff. 5 BetrVG), kann in dem Spannungsverhältnis zwischen dem individuellen Interesse des von einer Kündigung bedrohten Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsplatzes und dem kollektivrechtlichen Gegengesichtspunkt eines freien innerbetrieblichen Stellenmarktes, der gerade über § 99 Abs. 2 Ziff. 5 BetrVG u.U. zur Blockierung einer Versetzung zu führen vermag, grundsätzlich nur der zwischen den Bewerbern um den Arbeitsplatz auszutragende freie Wettbewerb,[1] in den der betroffene Arbeitnehmer mit einzubeziehen ist, maßgebend sein.

cc) Im Fall des § 1 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 KSchG greift zwar § 99 Abs. 2 BetrVG nicht ein. Die Pflicht zur Einlegung eines Widerspruchs durch den Betriebsrat bei Verletzung einer Kündigungsrichtlinie seitens des Arbeitgebers ergibt sich hier aber bereits unmittelbar aus der auch insoweit durch die besondere Sachkenntnis des Betriebsrates begründeten Garantenstellung gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer.

---

1) Zum Problem der Konkurrenz innerhalb der Arbeitnehmerschaft unter dem Blickwinkel der freien Wahl des Arbeitsplatzes vgl. Reuter, RdA 1973, 345, 350 ff.

III. Zur Erweiterung des Mitwirkungsrechtes des Betriebsrates bei Kündigungen durch Tarifvertrag

1) Vor dem Inkrafttreten des BetrVG war die Frage sehr umstritten, ob die Beteiligung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten zu einem echten Mitbestimmungsrecht (Zustimmungsrecht) verstärkt werden, und wenn ja, ob dies nur durch Tarifvertrag oder auch durch Betriebsvereinbarung geschehen könne. Alle angedeuteten Lösungsversuche wurden vertreten.[1)]

Das BetrVG hat insofern Klarheit gebracht, als jetzt nach § 102 Abs. 6 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbaren können, daß Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Die Betriebsparteien können also durch freiwillige Betriebsvereinbarungen ein echtes Mitbestimmungsrecht einführen. Weiterhin umstritten ist jedoch, ob dies ebenso im Wege eines Tarifvertrages erfolgen kann. Eine Mindermeinung bejaht dies.[2)] Die herrschende Meinung verneint eine Erweiterungsmöglichkeit der Mitwirkung durch Tarifvertrag.[3)4)]

---

1) Vgl. Dietz, Rdn. 12; Hueck, KSchG, 7. Aufl., Einl. IV 4, S. 39 ff; Meisel, S. 20; jeweils mwN.

2) Brecht, § 102 Rdn. 12 und auch § 1 Rdn. 30; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 3 Rdn. 1; Hanau, RdA 1973, 281, 292 f; Hueck, KSchG, 8. Aufl., Einl. V 4b α , S. 37; Lichtenstein, BetrR 1971, 83, 87

3) Adomeit, DB 1971, 2360, 2363; Buchner, Die AG 1971, 135, 138 f und 189, 195 Fußn. 129; Erdmann-Jürging-Kammann, § 3 Rdn. 12; Dietz-Richardi, § 102 Rdn. 125 und 126; Galperin, S. 126; Gamillscheg, Nr. 426, S. 469 ff; Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 100; Meisel, S. 21; Schaub, Betriebsrat, S. 250; Stege-Weinspach, S. 382

4) Ohne Stellungnahme Fitting-Auffarth, § 1 Rdn. 47; auch Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 46 f

2) Zur Begründung der herrschenden Meinung wird insbesondere die Entstehungsgeschichte des § 3 BetrVG herangezogen.[1)]

a) Sowohl der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Betriebsverfassung der SPD-Fraktion vom 16.12. 1968[2)] als auch der Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung für ein neues Betriebsverfassungsgesetz[3)] sahen die Möglichkeit einer allgemeinen Erweiterung der Befugnisse des Betriebsrates durch Tarifvertrag vor. Derart weitgehende Öffnungsklauseln hat der Gesetzgeber jedoch nicht übernommen. Stattdessen wurde § 3 des Regierungsentwurfs[4)] Gesetz, der nur in engen Grenzen Abweichungen durch Tarifvertrag zuläßt.[5)] Daraus wird geschlossen, daß eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei Kündigungen durch Tarifvertrag nicht zulässig sei. Mit dieser Inter-

---

1) Buchner, Die AG 1971, 135, 138 f und 189, 195 Fußn. 129; Erdmann-Jürging-Kammann, § 3 Rdn. 12; Gamillscheg, Nr. 426, S. 469 ff; Meisel, S. 21; Stege-Weinspach, S. 382

2) BT-Drucksache V/3658 = RdA 1969, 35. § 2 Abs. 2 des Entwurfs lautete: "Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarungen können über die Bestimmungen dieses Gesetzes hinausgehende Rechte der Arbeitnehmer und des Betriebsrates begründet werden." Vgl. im übrigen auch die Vorschläge des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes; RdA 1970, 237. Dort hieß es in § 1 Abs. 3 u.a.: "Durch Tarifvertrag können... über dieses Gesetz hinausgehende günstigere Rechte der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen vereinbart werden."

3) RdA 1970, 357; § 3 Abs. 1 des Entwurfs lautete u.a.: "Durch Tarifvertrag können bestimmt werden..... 3. die Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der Vertretungen der Arbeitnehmer in Angelegenheiten, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen betreffen;"

4) BT-Drucksache VI/1786, S. 3; siehe auch RdA 1971, 33

5) Vgl. zu dieser Begründung insbesondere Gamillscheg, Nr. 426, S. 470 f

pretation des gesetzgeberischen Willens ist es allerdings unvereinbar, wenn es in der Begründung des Regierungsentwurfs[1] zu § 3 BetrVG, der ohne Änderung Gesetz geworden ist, heißt: "Inwieweit von anderen als organisatorischen Vorschriften durch Tarifvertrag abgewichen werden kann, regelt der Entwurf - ebenso wie das geltende Recht - grundsätzlich nicht."

b) Die Frage ist, ob die Interpretation der Entstehungsgeschichte des § 3 BetrVG zwingend ist.
Wenn in einer strittigen Rechtsfrage, deren endgültige Entscheidung zudem in jedem Fall von weitreichender Bedeutung für das System der Betriebsverfassung ist, ein Lösungsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren fallen gelassen wird, dessen Annahme den Streit zugunsten einer Seite entschieden hätte, so kann dies zwar dahingehend verstanden werden, daß nunmehr die entgegengesetzte Ansicht gelten soll. Das ist aber nicht die einzige Interpretationsmöglichkeit. Das Fallenlassen des Vorschlags läßt sich ohne weiteres auch so verstehen, daß eine abschließende Stellungnahme zu dem strittigen Problemkreis wenigstens zur Zeit noch vermieden werden soll. Beide Möglichkeiten sind jedenfalls denkbar.
Da die Ablehnung der weitergehenden Vorschläge verschieden gedeutet werden kann, steht die in der Begründung zum Regierungsentwurf zum Ausdruck gekommene Ansicht über das Offenbleiben der Frage einer Erweiterung der Rechte des Betriebsrates durch Tarifvertrag in keinem Widerspruch zur Entstehungsgeschichte,[2] sondern sie ist lediglich eine - angesichts der Doppeldeutigkeit des Vorganges notwendige - Klarstellung im Sinne der zweiten Auslegungsmöglichkeit. § 3 BetrVG selbst ändert dieses Bild nicht. Diese Vorschrift

---

1) BT-Drucksache VI/1786, S. 36

2) So aber Erdmann-Jürging-Kammann, § 3 Rdn. 12 und Gamillscheg, Nr. 426, S. 471

befaßt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang von der im Gesetz vorgegebenen Organisation der Betriebsverfassung abgewichen werden kann.[1] Die Problematik einer Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates wird dadurch nicht geregelt. Eine schlüssige Mitregelung im verneinenden Sinne kann gerade aufgrund der Entstehungsgeschichte nicht angenommen werden.[2] Die Möglichkeit einer allgemeinen Erweiterung der Rechte des Betriebsrates durch Tarifvertrag bleibt daher unter dem Blickwinkel der insofern maßgebenden Neuregelung des § 3 BetrVG offen.[3]

3) Wenn hier gesagt wird, daß der Streit um die Erweiterung der Rechte des Betriebsrates im BetrVG weder in dem einen noch in dem anderen Sinne geregelt worden ist, so konnte sich diese Feststellung im Rahmen des § 3 BetrVG nur darauf beziehen, daß die Frage im Grundsatz offen bleiben sollte, d.h. eine verbindliche Regelung für alle Arten der Beteiligungsrechte unterblieb. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber gleichwohl klar zu erkennen geben kann, daß bestimmte Beteiligungsrechte einer Erweiterung durch Tarifvertrag nicht zugänglich sein sollen. Dies zeigt auch die Begründung des Regierungsentwurfs, nach der diese Frage grundsätzlich keine Regelung gefunden hat,[4] mithin im Einzelfall etwas anderes gelten kann.

---

1) Vgl. BT-Drucksache VI/1786, S. 35 f

2) A.A. Meisel, S. 21; siehe auch Adomeit, BB 1971, 2360, 2363

3) Im Ergebnis ebenso: Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 46 f. Er prüft allerdings nicht, ob die Entstehungsgeschichte des § 3 BetrVG, auf die er gleichwohl eingeht, eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte.

4) BT-Drucksache VI/1786, S. 36

a) Der Gesetzgeber hat nicht nur für einzelne Fälle ausdrücklich festgelegt, daß eine Abänderung von Normen des BetrVG möglich ist, sondern darüber hinaus außerdem jeweils bestimmt, durch welches Rechtsinstitut dies gegebenenfalls zu geschehen hat.[1)]
Für Änderungen nach den §§ 3 und 117 Abs. 2 BetrVG ist nur der Tarifvertrag vorgesehen.[2)] Die im SPD-Entwurf[3)] erhobene Forderung, weitergehende Rechte des Betriebsrates durch Betriebsvereinbarungen begründen zu können, ist nicht übernommen worden.[4)]
In den §§ 47 Abs. 5, 76 Abs. 1 und 102 Abs. 6 BetrVG ist lediglich das Rechtsinstitut der Betriebsvereinbarung genannt. Die §§ 38 Abs. 1 S. 3, 47 Abs. 4, 72 Abs. 4 und 86 BetrVG hingegen lassen ausdrücklich eine Änderung sowohl durch Tarifvertrag als auch durch Betriebsvereinbarung zu.
Dort also, wo der Gesetzgeber beide Institute als Mittel zu einer vom Gesetz abweichenden Regelungsmöglichkeit zur Verfügung stellen wollte, hat er es ausdrücklich getan. Diesen Weg hat er jedoch in § 102

---

1) Das übersieht Brecht, § 102 Rdn. 12. Mit der positiven Regelung der Frage, ob eine Erweiterung der Befugnisse des Betriebsrates bei Kündigungen möglich ist, ist nicht schon automatisch die Entscheidung über die Form gefallen, in der dies geschehen kann.

2) § 76 Abs. 8 BetrVG, der ebenfalls nur auf den Tarifvertrag abstellt, kann hier nicht herangezogen werden. Die Ersetzung der Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle kann nur in einem Tarifvertrag vereinbart werden. Eine Betriebsvereinbarung als Alternative scheidet naturgemäß aus.

3) BT-Drucksache V/3658 = RdA 1969, 35

4) Auch ein Antrag der CDU/CSU, in § 3 Abs. 1 BetrVG einen Satz anzufügen, daß in den Fällen der Ziffer 1 an die Stelle des Tarifvertrages eine Betriebsvereinbarung treten könne - Protokoll der 150. Sitzung des 6. Deutschen Bundestages vom 10.11.1971, 8608 B - wurde abgelehnt. Siehe auch Meisel, S. 22 Fußn. 13.

Abs. 6 BetrVG nicht beschritten, obwohl er es hätte tun können. Hier ist nur die Betriebsvereinbarung erwähnt. Dem gesetzessystematischen Zusammenhang ist daher zu entnehmen, daß eine Vereinbarung über die Zustimmungsbedürftigkeit von Kündigungen nur in Betriebsvereinbarungen getroffen werden kann.[1)]

b) Außerdem handelt es sich bei § 102 Abs. 6 BetrVG um eine freiwillige Betriebsvereinbarung. Der Betriebsrat besitzt kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht. Eine Vereinbarung im Sinne des § 102 Abs. 6 BetrVG soll also ohne Druck der Arbeitnehmerseite zustande kommen. Würde man jedoch die Einführung der Zustimmungsbedürftigkeit von Kündigungen durch Tarifvertrag zulassen, dann wäre gerade eine Erzwingbarkeit durch Streik möglich. Alle Arbeitsbedingungen, die zulässigerweise tarifvertraglich vereinbart werden können, dürfen auch erkämpft werden.[2)] Es wird zwar die Ansicht vertreten, daß es Tarifvertragsinhalte geben kann, die nicht erzwingbar sein sollen.[3)] Eine gegenständlich beschränkte Trennung von Arbeitskampffreiheit und Tarifautonomie ist jedoch kaum praktikabel und noch weniger rechtlich kontrollierbar.[4)]

---

1) Ähnlich auch Hanau/Adomeit, 2. Aufl., S. 100.
Die Ausführungen von Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 46 f beschränken sich darauf, inwieweit eine Abänderbarkeit an sich möglich ist. Sie befassen sich nicht mit der Frage, ob die nach § 102 Abs. 6 BetrVG durch Betriebsvereinbarung zulässige Änderung auch durch Tarifvertrag herbeigeführt werden kann. Das gleiche gilt auch für Erdmann-Jürging-Kammann, § 99 Rdn. 4.

2) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Erster Halbband (II/1), 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1967, S. 270

3) Vgl. Brecht, § 1 Rdn. 31 sowie Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 47 mwN. in Fußn. 23

4) Adomeit, RdA 1964, 309, 313 f und Hueck-Nipperdey (II/1), S. 270 Fußn. 102g

Selbst wenn aber diese Ansicht grundsätzlich zu bejahen wäre, würde auch sie im vorliegenden Fall nicht den Weg zu einer Erweiterung der Befugnisse des Betriebsrates durch Tarifvertrag ebnen können. Im Falle eines Firmentarifvertrages wäre eine Regelungsmöglichkeit entsprechend § 102 Abs. 6 BetrVG rechtlich überflüssig. Ein Arbeitgeber, der ohnehin bereit ist, Kündigungen von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig zu machen, kann dies dann auch unmittelbar mit dem Betriebsrat vereinbaren. Bei einem Verbandstarifvertrag schließlich kann nicht ausgeschlossen werden, daß eine diesbezügliche Erweiterung der Befugnisse des Betriebsrates dem Willen zumindest einzelner Arbeitgeber zuwiderlaufen würde, die bei einer Übereinkunft der Tarifvertragsparteien dann gleichwohl gebunden wären. § 102 Abs. 6 BetrVG bringt aber gerade zum Ausdruck, daß der einzelne Arbeitgeber selbst in voller Freiheit über die mit einer Vereinbarung im Sinne dieser Vorschrift verbundene weitere Einschränkung seines Entscheidungsspielraumes soll befinden können.

c) Ergänzend ist hier noch darauf hinzuweisen, daß die Forderung des DGB, ordentliche Kündigungen generell von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig zu machen, nicht Gesetz geworden ist.[1] Diese Möglichkeit würde aber in Wirklichkeit eröffnet und damit der entgegengesetzte Wille des Gesetzgebers umgangen, wenn man im Rahmen des § 102 Abs. 6 BetrVG den Tarifvertrag als taugliches Mittel ansehen würde.

---

1) Siehe oben S. 1

Lebenslauf

Ich, Hans-Peter Josef Maria Müller, bin am 25. Juli 1942 in Wiesbaden als Sohn des jetzigen Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts, Professor Dr. Gerhard Müller und seiner Ehefrau Maria, geb. Schnädter, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach der Volksschule in Frankfurt/Main (1949/54) besuchte ich vom 11. Mai 1954 bis zum 3. März 1962 das staatlich anerkannte humanistische Gymnasium Kolleg St. Blasien in St. Blasien/Schwarzwald, das ich in dem zuletzt genannten Zeitpunkt mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Vom 25. März 1962 bis zum 6. März 1963 studierte ich zwei Semester Philosophie an der Philosophisch-Theologischen Hochschule St. Georgen in Frankfurt/Main. Am 9. Mai 1963 ließ ich mich an der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen immatrikulieren. Im Wintersemester 1963/64 studierte ich in Wien (Jura). Im Anschluß daran studierte ich vom Sommersemester 1964 bis zum Wintersemester 1967/68 Jura an der Georg-August-Universität in Göttingen. Am 31. Januar 1969 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung. Am 20. Oktober 1972 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. Mai 1974 bin ich als Jurist in der Abteilung Personal- und Sozialwesen der Hoechst Aktiengesellschaft in Frankfurt/Main-Höchst tätig.

Verheiratet bin ich seit dem 26. September 1969 mit Sigrid Müller, geb. Fox. Wir haben zwei Kinder.

Frankfurt/Main, den 15. Oktober 1974